Die Rechtsnatur der Nordostschw. Kraftwerke A.-G.

(Ein Beitrag zur Lehre von den öffentlich-rechtlichen interkantonalen Unternehmungen)

Dissertation
der Juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ALFRED WEBER
von Egliswil

Aarau 1941

Buchdruckerei Neue Aargauer Zeitung

Die Rechtsnatur der Nordostschw. Kraftwerke A.-G.

(Ein Beitrag zur Lehre von den öffentlich-rechtlichen interkantonalen Unternehmungen)

Dissertation
der Juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ALFRED WEBER
von Egliswil

Aarau 1941

Buchdruckerei Neue Aargauer Zeitung

Die Fakultät hat diese Arbeit am 2. November 1939 auf Antrag von Prof. Dr. Walther Burckhardt als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Einleitung und Geschichte der N.O.K.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Die Geschichte der N.O.K. A.-G. 1

I. Periode der Privatinitiative 2

II. Die Entstehung der N.O.K. A.-G. 3

III. Die Entwicklung der N.O.K. A.-G. 4

Zweiter Teil

Untersuchungen über den rechtlichen Charakter der N.O.K A.-G.

1. Kapitel

Die Rechtsnatur des Gründungsvertrages

§. 3. Die interkantonalen Verträge im allgemeinen 7

I. Interkantonaler Vertrag und Bundesstaat 7

II. Die Arten der interkantonalen Verträge 9

a) Herkömmliche Einteilung 9

b) Kritik dieser Einteilung 9

c) Formelle Erfordernisse 10

III. Verkommnis und Rechtsgeschäft 11

a) Das Rechtsgeschäft im privaten und im öffentlichen Recht 11

b) Das Rechtsgeschäft in interkantonaler Beziehung 12

IV. Was für Recht wird durch das Verkommnis begründet? 13

a) Kantonales und eidgenössisches Recht 13

b) Vertragsrecht oder Gesetzesrecht 15

§ 4. Der Gründungsvertrag im besonderen 16

I. Der Gegenstand des Vertrages 16

II. Besonderheiten des GV. 17

a) Bezüglich seines Inhaltes 17

b) Bezüglich der Kontrahenten 18

III. Die rechtliche Ordnung des GV. 19

2. Kapitel

Die Statuten der Aktiengesellschaft

§ 5. Die interkantonale Körperschaft im allgemeinen 23

I. Die Stellung einer interkantonalen Korporation zum Konkordatsrecht 23

a) Das Wesen der Körperschaft 23

b) Körperschaft und Verkommnis 24

c) Folgerungen aus dieser Unterscheidung 27

II. Das Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Aufgabe zur privatrechtlichen Form . . 29

Seite

§ 6. Die Statuten der N.O.K. A.-G. im besonderen 32

I. Allgemeines 32

II. Das Verhältnis der Statuten zum Gründungsvertrag 33

a) Umschreibung und Aufgabe 33

b) Ein Einwand 35

c) Die Hauptfrage 36

III. Das Verhältnis der Statuten zur positiven Rechtsordnung 40

a) Das Verhältnis zum Aktienrecht des OR. 41

b) Das Verhältnis zur Schweizerischen Bundesverfassung 44

Anhang

§ 7. Das Verfahren bei Streitigkeiten 47

I. Besondere Fälle 47

II. Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und Dritten 47

III. Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis 48

a) Bedeutung der rechtlichen Natur der Streitigkeit 49

b) Die Bedeutung der streitenden Subjekte 52

§ 8. Schlußbetrachtung 53

Literaturverzeichnis

Arbenz Ernst: Die Gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1929.

Autenrieth Fritz E.: Die staatsrechtliche Stellung der Schweiz. Nationalbank, Diss. Zürich 1932.

Bolle Arnold: Das interkantonale Recht, Diss. Zürich 1907.

Bühler Werner: Begriff und Formen der öffentlichrechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut, Diss. Zürich 1929.

Bührer Hans: Die öffentlichrechtliche Stellung der Bernischen Kraftwerke A.-G., Diss. Zürich 1934.

Burckhardt Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

— Methode und System des Rechts, Zürich 1936.

— Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Bern 1931.

— Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht. In der Festgabe für das Schweizerische Bundesgericht, Bern 1924.

— Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge, in ZfSR. Bd. 34 S. 155 ff.

— Studien zum Eisenbahnrecht. Politisches Jahrbuch No. 25 (1911) S. 123 ff.

Fehr Emil: Die rechtliche Ordnung der Elektrizitätsversorgung. In ZfSR. Bd. 46, 1. Heft, S. 1 ff.

Fleiner Fritz: Das schweizerische Bundesstaatsrecht, Tübingen 1922.

— Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.

Gerber Walter: Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form, Diss. Zürich 1928.

Giacometti Z.: Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten, Habilitationsschrift, Tübingen 1924.

Gierke: Das Wesen der menschlichen Verbände (Rektoratsrede) 1902.

Hafner Heinrich: Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege. Entwurf und Motive, Bern 1888.

Hotz Frédéric: Die Bedeutung der Privatinitiative für den Ausbau der schweizerischen Wasserkräfte, Diss. Zürich 1928.

Keller Emil: Ueber aargauische Wasserwirtschafts- und Elektrizitätspolitik. In der Festgabe für Bundesrat Schultheß 1938, S. 390 ff.

Keller Max Leo: Die Notwendigkeit und volkswirtschaftliche Bedeutung einer einheitlichen Planwirtschaft für die schweizerische Elektrizitätsversorgung, Diss. Bern 1931.

Oftinger Karl: Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht durch Krisen- und Ausnahmerecht. Referat, gehalten am Schweizerischen Juristentag, Basel 1938.

Reichel Alexander: Kommentar zum Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bern 1896.

Vogt G.: Revision der Lehre von den eidg. Konkordaten. ZbJV. Bd. 1 S. 201 ff.

Weitere Literatur wird gelegentlich zitiert.

Abkürzungen

A.S. (n.F.) . . .	Amtliche Sammlung (neue Folge).
BG.	Bundesgesetz.
BGE.	Bundesgerichtsentscheid.
BR.	Bundesrat.
BV.	Bundesverfassung.
Burckh. Komm. . .	Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 1931, von Walther Burckhardt.
OG.	BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 mit seitherigen Abänderungen.
OR.	BG. betr. das Obligationenrecht vom 30. März 1911 mit den revidierten Titeln XXIV bis XXXIII vom 18. Dezember 1936.
Organisation. . . .	Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, von Walther Burckhardt.
Salis-B.	Schweizerisches Bundesrecht, herausgegeben von Walther Burckhardt, als Fortsetzung des Werkes von Salis.
StenNR.	Amtliches Stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung: Nationalrat.
StenStR.	ditto: Ständerat.
ZbJV.	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZfSR.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
ZGB.	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

Erster Teil

Einleitung und Geschichte der N.O.K.

§ 1. Einleitung.

Die vorliegende Abhandlung nimmt sich vor, die rechtliche Natur der Nordostschweizerischen Kraftwerke A.-G. abzuklären. Diese Aufgabe ist nicht ganz leicht. Sie besteht vor allem darin, zu zeigen, ob und wie das konkrete Gebilde rechtlich konstruiert, d. h. als die korrekte Anwendung geltender Rechtsgrundsätze betrachtet werden kann, oder ob es vielleicht mit den anerkannten Grundsätzen des geltenden Rechts nicht in Einklang zu bringen ist, was zur weiteren Frage führen würde, wie ein solches nun einmal vorhandenes und nicht mehr zu ignorierendes Gebilde praktisch zu behandeln wäre.

Diese Schwierigkeit ist ganz besonders den neuzeitlichen Unternehmungen und Anstalten eigen, die sich, wie die N.O.K., auf dem Grenzgebiet des öffentlichen und des privaten Rechtes bewegen und bewußtermaßen — oder sogar absichtlich — privatrechtliche Formen benützen, um einen öffentlichen Zweck zu erreichen, oder umgekehrt, öffentlich-rechtliche Formen in den Dienst privater, hier fiskal-wirtschaftlicher Zwecke stellen. Diese aus privaten und öffentlichen Elementen bestehenden Verbände, die man insofern auch rechtlich gemischt nennen könnte, bieten dem Theoretiker des Rechts besondere Hindernisse; demjenigen nämlich, der das Gebilde folgerichtig aufbauen möchte, so daß die rechtliche Ordnung, die man ihm gegeben, sich in der Anwendung ohne Widersprüche bewähre. Denn der folgerichtigen Anwendung, den Bedürfnissen der Praxis, soll die Theorie des Rechtes dienen. Diesem Zweck möchte auch die vorliegende Arbeit gewidmet sein.

Die Abklärung der rechtlichen Natur der N.O.K. A.-G. soll, das ist ihr Sinn — wie der Sinn jeder solchen Erörterung — voraussehend den Weg beleuchten, den sie zu gehen hat und zeigen, auf welche logische Hindernisse sie stoßen mag, und unter welchen Annahmen diese Hindernisse vermieden werden können. Es ist nicht gesagt, daß durch die Kunst scharfsinnigen Konstruierens alle die möglichen Schwierigkeiten behoben werden können. Einige sind unvermeidlich mit der Anlage des ganzen Gebildes, insbesondere mit der gewaltsamen Verbindung von öffentlichem und privatem Recht, gegeben. Aber auch dann ist es nicht unnütz, zu zeigen, daß diese Widersprüche bestehen und unbehebbar sind.

Daneben mag die Bearbeitung dieses konkreten Falles einen Beitrag bilden zur Erforschung der allgemeinen Fragen, die hier, aber auch in vielen andern Fällen, praktisch werden.

§ 2. Die Geschichte der N.O.K. A.-G.

Die Wiege der heutigen interkantonalen Großunternehmung hat im Kanton Aargau gestanden. Der initiativen Regierung dieses wasserreichen Kantons verdankt die N.O.K. A.-G. ihre Entstehung.

Der behördlichen Tätigkeit ging jedoch eine Periode privater Pionierarbeit voraus.

I. Periode der Privatinitiative.

Als im Jahre 1891 die Frankfurter Weltausstellung die wirtschaftliche Fernübertragung elektrischer Energie ad oculos demonstriert hatte, war das Zeichen für eine sprunghafte Entwicklung der Wasserkraftausbeutung zwecks Energieweitergabe gegeben. Bisher kannte man fast keine andern Wasserwerke als Mühlen, Sägen, Reiben oder Stampfen. Energie wurde nur für den Selbstkonsum erzeugt.

In dieser Aera des Aufschwungs der El.-Werke, in der neben kapitalkräftigen Unternehmungen auch einzelne weitsichtige Spekulanten an der Nutzbarmachung der Wasserkräfte reges Interesse bekundeten, wurde der Grundstein der späteren N.O.K. gelegt.

Der Regierungsrat des Kt. Aargau erteilte im Jahre 1896 an zwei Private die grundsätzliche Bewilligung für die Erstellung eines Wasserwerkes in der Beznau bei Döttingen. Schon im folgenden Jahr wurde diese Bewilligung der *„Motor" A.-G.* für angewandte El. in Baden abgetreten, die 1898 mit dem Bau des Werkes begann.

Noch bevor das Werk in Betrieb genommen werden konnte, schloß der „Motor" einen Vertrag mit den Glarner Gemeinden Glarus, Riedern und Ennenda zur gemeinsamen Prüfung und Bearbeitung eines Projektes für den Bau eines Löntschwerkes. Inzwischen wurde das Leitungsnetz, das aus dem Beznauwerk gespiesen wurde, im Gebiet des Kts. Zürich ausgebaut. Interessenten für Kraftabnahme aus dem zukünftigen Löntschwerk konnten dadurch vorläufig aus dem Beznauwerk bedient werden. Im Jahre 1903 wurde mit dem Initiativkomitee obiger Gemeinden ein neuer Vertrag abgeschlossen, worin sich der „Motor" verpflichtete, ein vollständiges Projekt auszuarbeiten, und die Finanzierung des Werkes zu unterstützen.

In der Folge stieg der Strombedarf im Kt. Zürich aus dem Beznauwerk stark an, sodaß der „Motor" 1904 erklärte, das Löntschwerk aus eigenen Mitteln zu bauen, falls er sich nicht an das im Vertrage vom Jahre 1903 begrenzte Versorgungsgebiet zu halten brauchte. In einem neuen Konzessionsvertrag stimmten die Glarner Gemeinden umso lieber zu, als der Vertrag von 1903 einem selbständigen Löntschunternehmen keinen genügenden Absatz gestattet hätte.

Bevor das Löntschwerk vollendet war, wurden die Kraftwerke Beznau und Löntsch im Jahre 1907 einer neuen A.-G. unter der Firma *„Kraftwerke Beznau-Löntsch"* übertragen. Die außerordentliche Entwicklung und Bedeutung der Beznau-Unternehmung und die wirtschaftliche Zusammenarbeit der beiden Werke rechtfertigte die Verselbständigung. Die Kombination eines Niederdruckwerkes mit einem Akkumulierwerk erwies sich insofern als besonders günstig, als das Werk in der Beznau, das auf dem Prinzip der Ausbeutung einer konstanten, größeren Wasserkraft beruht, durch ein Hochdruckwerk am Ausfluß des Klöntalersees (Löntsch) ergänzt wurde, dessen große Kraft zum Ausgleich in Zeiten des größten Bedarfs verwendet werden konnte.

Während des Betriebsjahres 1908/09 wurden rund 79 Millionen kWh Energie erzeugt und in folgende Kantonsgebiete abgegeben: Aargau, Zürich, Thurgau, Schaffhausen, St. Gallen, Glarus und Schwyz.[1])

[1]) Vergl. zu diesem Abschnitt die Geschäftsberichte der «Motor» A.-G. für angewandte Elektrizität von 1898—1909.

II. Die Entstehung der N.O.K. A.-G.[2])

Die Erkenntnis der großen Bedeutung billiger el. Energie für die Volkswirtschaft veranlaßte im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts auch in den nordostschweizerischen Kantonen den Staat, die Gewinnung und Verteilung der El. in seine Aufgaben aufzunehmen.

In den Kt. Schaffhausen, Zürich, St. Gallen, Thurgau und zuletzt im Kt. Aargau wurden durch Gesetze und Großratsbeschlüsse kantonale El.-Unternehmungen gegründet. Diese Werke mußten aber überall mit den bereits vorhandenen privaten El.-Unternehmungen rechnen, welche die günstigsten Absatzgebiete bereits belegt hatten. Nirgends vermochte der Staat durch den Erwerb eines einzelnen oder mehrerer El.-Werke die gesamte Produktion und Verteilung der Energie im Gebiete eines Kantons in seine Hand zu bekommen. Die kantonalen El.-Unternehmungen mußten sich zunächst damit begnügen, die El.-*Verteilung* in ihrem Gebiet zu sichern. Dies war am besten dadurch zu erreichen, daß die interessierten Kt. die Verteilungsanlagen der Kraftwerke Beznau-Löntsch erwarben, die sich über das Gebiet der sämtlichen nordostschweizerischen Kantone, mit Ausnahme Graubündens, erstreckten. Die Kraftwerke Beznau-Löntsch ließen sich indessen zu einer derartigen Transaktion nur widerstrebend und unter der Bedingung herbei, daß die Kantone ihren gesamten oder doch einen Teil ihres Energiebedarfs bei ihnen deckten. Da ohne die Verteilungsanlagen eine rationelle kantonale Energieversorgung wenn nicht verunmöglicht, so doch außerordentlich erschwert worden wäre, und da die Verteilungsnetze wegen der Entwertung der Stromerzeugungsanlagen nur mit unverhältnismäßigen finanziellen Opfern hätten expropriiert werden können, blieb den Kantonen nichts anderes übrig, als die Energie in geringerem oder größerem Umfange von den Kraftwerken Beznau-Löntsch zu beziehen, also in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Privatindustrie zu verbleiben.

Die kt. El.-Unternehmungen waren indessen weiterhin bestrebt, sich raschmöglichst hinsichtlich der Energieerzeugung von den Privatunternehmungen unabhängig zu machen. Es entstand deshalb der Gedanke, die Kraftwerke Beznau-Löntsch in den Besitz der ihr Absatzgebiet bildenden Kantone überzuführen.

Als der Aargau, dem Beispiel der Ostschweiz folgend, sich anschickte, ebenfalls eine staatliche Energieversorgung zu schaffen, wurde diese Frage aktuell, weil man zu der Erkenntnis kam, daß mit Rücksicht auf die weit vorgeschrittene Elektrifizierung des Kantonsgebietes eine rationelle Lösung der El.-Frage nur möglich sei, wenn die Kraftwerke Beznau-Löntsch verstaatlicht würden.

Auf Einladung der aargauischen Regierung traten am 19. Okt. 1910 in Baden Delegierte der Kt. Aargau, Glarus, Zürich, St. Gallen, Thurgau, Schaffhausen und Schwyz zu einer Konferenz zusammen, um die Prüfung der Frage der Verstaatlichung der Kraftwerke Beznau-Löntsch an die Hand zu nehmen. Später schlossen sich auch die Kt. Appenzell A.-Rh. und Zug der Vereinigung an. Die Konferenz beschloß, die Erwerbung der Kraftwerke Beznau-Löntsch zu prüfen und zunächst ein Gutachten über die technischen und kommerziellen Verhältnisse der Unternehmung einzuholen, das als Grundlage für die Verhandlungen mit der A.-G. „Motor", die fast sämtliche Aktien der Kraftwerke Beznau-Löntsch besaß, dienen sollte. Das Gesamturteil des Gut-

[2]) Quellenmaterial: Vorlage des Regierungsrates des Kts. Aargau an den h. Großen Rat über den Erwerb der Beznau-Löntschwerke vom 4. Mai 1914.

achtens, das im Dez. 1911 einlangte, war günstig. Darauf begannen außerordentlich zeitraubende und mühsame Verhandlungen mit der A.-G. „Motor", die sich bis ins Jahr 1914 erstreckten. Außer Fr. 690.— pro Aktie (500.— nominell), beanspruchte der „Motor" von den Kantonen die Uebernahme einer Reihe von Verpflichtungen zu Gunsten der A.-G. „Motor" oder ihr nahestehender anderweitiger Erwerbsgesellschaften, welche sich aus den bestehenden Beziehungen des „Motor" zu den Kraftwerken Beznau-Löntsch und zu den übrigen in Betracht kommenden Unternehmungen ergaben.

Das Resultat der Verhandlungen wurde in einem Hauptvertrag, welcher den Uebergang der Aktien in die Hände der Kantone und die damit verbundenen Transaktionen ordnete, und in zehn Zusatz-Verträgen bzw. -Abkommen niedergelegt.

Zugleich, als die Verhandlungen mit der A.-G. „Motor" in vollem Gange waren, wurde von den Delegierten der interessierten Kantone ein Vertrag ausgearbeitet, worin sich die Kantone zur Interessengemeinschaft der „Nordostschweizerischen Kraftwerke A.-G. (N.O.K. A.-G.) zusammenschlossen. Dieser sog. Gründungsvertrag, der den gemeinsamen Erwerb und Betrieb der Beznau-Löntschwerke enthielt, das Beteiligungsverhältnis am Aktienkapital festlegte und u. a. die beteiligten Kantone verpflichtete, die Ausführung der von den El.-Werken der Kt. Zürich und Schaffhausen projektierten Wasserwerkanlage am Rhein bei Eglisau zu übernehmen und dem Kt. Aargau die auf seinem Gebiet befindlichen Verteilungsanlagen, soweit sie nicht der Gesamtunternehmung dienten, zum Buchwerte abzutreten, wurde am 22. April 1914 von den Vertretern der Kantone unter Vorbehalt der Genehmigung durch die zuständigen kantonalen Instanzen unterzeichnet.[3])

Noch bevor der Gründungsvertrag und die Uebernahmeverträge in Kraft traten, traten drei der neun Kantone, nämlich St. Gallen, Schwyz und Appenzell A.-Rh., zurück.

III. Die Entwicklung der N.O.K. A.-G.[4])

Die Entwicklung der N.O.K. hat gezeigt, daß die Gründung ein glücklicher Griff war. Schon während des Krieges, d. h. während der Zeit der gewaltigen Zunahme des Energiekonsums, hat sie sich für die Volkswirtschaft außerordentlich wohltuend ausgewirkt. Die rasche Steigerung des Energieabsatzes erforderte neue Energiequellen. Zu den beiden bei der Gründung der N.O.K. übernommenen Kraftwerken: Beznau mit einer Maschinenleistung von rund 10 000 kW und einer Energieproduktion von rund 70 Millionen kWh per Jahr und Löntsch mit einer Maschinenleistung von rund 33 000 kW und einer technisch möglichen Energieproduktion von rund 80 Millionen kWh trat zunächst im Jahre 1919 die zweite Zentrale des Löntschwerkes und 1920 das Kraftwerk Eglisau.

Von da an wurden keine eigenen Werke mehr gebaut. Zur Beschaffung der weiter benötigten Energie ging man dazu über, neue Kraftwerke gemeinsam mit dritten El.-Unternehmungen zu erstellen. Dieses Vorgehen hatte seinen Grund einerseits in der großen Leistungsfähigkeit moderner Kraftwerke, deren gesamte Energieproduktion durch die N.O.K. allein nur nach längerer Zeit

[3]) Zuständig waren die kt. Regierungen und in den Kt. Schaffhausen, Glarus und Schwyz das Volk.

[4]) Quellen: Geschäftsberichte der N.O.K. A.-G. von 1914—1938 und E. Keller, Ueber aargauische Wasserwirtschafts- und El.-Politik.

hätte ausgenützt werden können; anderseits mußte auf die finanzielle Belastung der beteiligten Kantone Rücksicht genommen werden.

Im Jahre 1924 wurde das gemeinsam mit der Stadt Zürich erstellte Kraftwerk Wäggital in Betrieb genommen. Ferner beteiligten sich die N.O.K. an den Bündner Kraftwerken. In den Jahren 1926 und 1927 wurde das Kraftwerk Beznau gebaut.

Im folgenden Jahre schlossen die N.O.K. mit den St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerken Beteiligungsverträge. Diese wurden im Jahre 1929 von den Kt. St. Gallen und Appenzell A.-Rh. genehmigt. Damit erweiterte sich der Kreis der beteiligten Kantone an den N.O.K. auf acht.

Im Jahre 1930 wurde das Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt, das zusammen mit der A.-G. Motor-Columbus, der Badischen Landeselektrizitätsversorgung A.-G. und den Kraftübertragungswerken Rheinfelden erstellt worden war, in Betrieb genommen. Auf den Herbst 1937 wurde das Etzelwerk betriebsbereit, das die N.O.K., zusammen mit den SBB, erstellten. Außerdem besitzen die N.O.K. durch die Beteiligung an der Aarewerke A.-G. ein Recht auf Bezug von Winterenergie.

Der Energieabsatz der N.O.K. stieg während der 24 Jahre ihres Bestehens von 99,7 Millionen kWh auf rund 805 Millionen kWh, die Stromeinnahmen von 3,429 Millionen Franken im Jahre 1914/15 auf rund 18 Millionen im Jahre 1937/38.. Die Einnahmen sind also nicht im gleichen Verhältnis gewachsen wie die Energieproduktion. Sie stiegen von der Gründung bis zum Jahre 1937/38 nur um 526 %, während sich die Energieproduktion um 808 % erhöhte. Die Stromeinnahme pro kWh ist demgemäß im ganzen ebenfalls gefallen. Sie betrug 1914/15 3,44 Rp., 1933/34 aber nur noch 2,88 Rp. und ist seither noch weiter gesunken. Diese verhältnismäßig starke Senkung ist aber nicht nur auf die Tarifreduktionen zurückzuführen, sondern namentlich auch auf die Zunahme des Absatzes von billiger Export- und Abfallenergie, die eine bessere, nahezu vollständige Ausnützung der Energiequellen ermöglichte.

Wie sich die finanziellen Verhältnisse der N.O.K. entwickelt haben, zeigen folgende Zahlen: Das Aktienkapital betrug ursprünglich 18 Millionen Franken. Heute beträgt es 80 Millionen Franken, wovon 53,6 Millionen einbezahlt sind. Auch das Obligationenkapital ist von 15 Millionen Franken auf 54,584 Millionen Franken angestiegen. Die Abschreibungen und Fondseinlagen erreichen auf Ende 1937/38 den ansehnlichen Betrag von über 60 Millionen Franken. Daneben bestehen noch zwei Reservefonds im Betrage von 8,5 Millionen Fr. Auf das Aktienkapital, das sich ausschließlich im Besitze der beteiligten Kantone oder ihrer El.-Unternehmungen befindet, wurden von Anfang an bis zum Jahre 1931 7 % Dividenden ausgeschüttet, nachher 6 % und seit 1936 5 %.

Die in den Werken der N.O.K. erzeugte Energie wird in der Hauptsache über die kantonalen El.-Unternehmungen an folgende drei Konsumentengruppen abgegeben: einmal an zahlreiche Kleinverbraucher, welche die el. Energie zur Beleuchtung und zu sonstigen hauswirtschaftlichen Zwecken, wie Heizen, Kochen, Antrieb von Haushaltungsmaschinen, sowie für die Bedürfnisse kleinerer landwirtschaftlicher Betriebe verwenden; ferner an Industrie und Gewerbe und schließlich an die Besitzer größerer oder kleinerer Wasserwerke, welche zur Ergänzung ihrer unkonstanten Wasserkraft Aushilfsenergie beziehen.

Exportiert wurde immer verhältnismäßig wenig und eigentlich nur überschüssige Energie. Erst in letzter Zeit ist der Export durch große Lieferungen an ein benachbartes Industrieunternehmen stark gestiegen.

Rückblickend darf festgestellt werden, daß sich die Hoffnungen der Gründer der N.O.K. A.-G. erfüllt haben: Die Kantone können sich selbst mit Elektrizität versorgen; sie sind nicht mehr von privaten Unternehmungen abhängig; ferner haben sich die Gestehungskosten der Energie infolge der Konzentration der Erzeugung und der Verteilung im großen, die eine nahezu vollständige Ausnützung der Anlagen ermöglichte, wesentlich verbilligt; auch sind die Kantone imstande, ihren Strombedarf zu den Selbstkosten zu decken.

Zweiter Teil.

Untersuchungen über den rechtlichen Charakter der N.O.K. A.-G.

Wenn eine private Aktiengesellschaft gegründet wird, schließen sich die Gründer vorerst zu einer einfachen Gesellschaft, der sog. Gründergesellschaft zusammen. Zweck dieser Vereinigung ist die Gründung der A.-G. Die Rechte und Pflichten, welche die einfache Gesellschaft erwirbt oder eingeht, gehen nach der Gründung der A.-G. auf dieselbe über. Der Abschluß des Gründungsvertrages, der die einfache Gesellschaft konstituiert, ist formlos gültig. Dauert aber das Gründungsstadium länger, verlangt die Gründung komplizierte Vermögenstransaktionen oder werden Bindungen eingegangen z. B. mit Bezug auf die Veräußerung der Aktien, die Vertretung bestimmter Gruppen im Verwaltungsrat, den Schutz der Absatzgebiete etc., so wird der Gründungsvertrag schriftlich geschlossen werden. Aufgabe des Gründungsvertrages ist es in jedem Fall, die rechtlichen Verhältnisse unter den Gründern zu regeln, d. h. sowohl die Beziehungen unter sich, als auch gegenüber Dritten im Hinblick auf die zu gründende A.-G. zu ordnen. Mit der Gründung geht der Gründungsvertrag bis auf die besonderen Bindungen, die mit Wirkung für die Zukunft eingegangen wurden, durch Erfüllung unter.

Wenn mehrere Kantone eine Aktiengesellschaft gründen, kommt dem Gründungsvertrag auch diese Bedeutung zu; aber es ist nicht die einzige.

Unter den Kantonen besteht vorerst, wie unter Privaten, keine gemeinsame Grundlage, die die Gründung einer Korporation ohne weiteres gestatten würde. Die Kantone stehen wohl in einem bundesstaatlichen Verhältnis zueinander, sind aber im übrigen, was ihre Aufgaben anbelangt, unabhängig voneinander. Der Zweck der zu gründenden A.-G. muß also zuerst vereinbart werden und zwar in dem Sinne, daß die Kantone ihre Sonderinteressen auf einen gemeinschaftlichen Nenner bringen.

Neben dieser Ausgleichung der Interessen hat der Gründungsvertrag aber noch eine weitere Aufgabe: er soll die gemeinsame rechtliche Grundlage der Statuten abgeben. Schließen sich Private zu einer Aktiengesellschaft zusammen, so ist die A.-G. kraft des OR. gültig. Den Kantonen fehlt eine solche gesetzliche Grundlage [5]), sie müssen die Grundlage selbst schaffen. Daher behält der Gründungsvertrag hier auch nach der Gründung der Aktiengesellschaft seine Geltung.

---

[5]) Zwar sind Abmachungen unter ihnen kraft BV. Art. 7 gültig; aber es bedarf eben doch noch einer Abmachung.

Dieser Besonderheit mußte auch unsere Untersuchung Rechnung tragen. In der Betrachtung der rechtlichen Grundlagen der N.O.K. A.-G. ist deshab dem Gründungsvertrag (GV.) neben den Statuten ein ebenbürtiger Platz einzuräumen.

1. Kapitel.

Die Rechtsnatur des Gründungsvertrages

Da der GV. unter Kantonen geschlossen worden ist, frägt es sich zuerst, welche Besonderheiten diese Rechtsverhältnisse zwischen einzelnen Kantonen aufweisen, welche interkantonalen Verträge unterschieden werden, und welche rechtliche Natur den interkantonalen Verträgen zukommt. Darauf werden wir beurteilen können, welcher Art unser GV. angehört und welche rechtliche Natur ihm zukommt.

In einem besonderen Paragraphen sollen die allgemeinen Fragen vorausgenommen werden.

§ 3. Die interkantonalen Verträge im allgemeinen.

Zuerst soll die Stellung der interkantonalen Verträge im Bundesstaat kurz gestreift werden. Dann wollen wir die verschiedenen Arten der Verträge, ihre herkömmliche Einteilung berühren und nachher auf die grundlegende Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen oder zwischen Konkordat (Verkommnis) und Verträgen im eigentlichen Sinne hinweisen. Endlich wird die Frage zu beantworten sein, was für Recht durch die Konkordate begründet werde.

I. Interkantonaler Vertrag und Bundesstaat.

Art. 7 BV. gestattet den Kantonen, unter sich nichtpolitische Verträge abzuschließen, d. h. „Verkommnisse über Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung". Doch dürfen diese Vereinbarungen „nichts dem Bundesrecht oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten". Soweit die Regelung in der BV. Diese Möglichkeit, Vereinbarungen zu treffen, bietet den Kt. einerseits wegen der Einfachheit des Abschlusses und der Kündigung ein sehr günstiges Mittel zur Regelung ihrer gegenseitigen Beziehungen oder zur Förderung ihrer gemeinsamen Interessen da, wo es das Bundesrecht noch nicht getan hat, und wo es nicht leicht oder nicht gelegen wäre, die legislativen Bundesorgane in Bewegung zu setzen; dem Bunde anderseits bietet sie den Vorteil, daß sie ihm die gesetzgeberische Aufgabe erleichtert, indem mit Bezug auf die vertraglich geregelten Gegenstände seitens der Kantone gewisse Erfahrungen gemacht werden, die der späteren Bundesgesetzgebung nützlich sein können.

Trotz der Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung soll doch auf eine grundsätzliche Schwierigkeit aufmerksam gemacht werden.

Durch ein Verkommnis wird in den kontrahierenden Kantonen stets neues Recht geschaffen. Und zwar ist es ganz gleichgültig, ob die Vereinbarung nur das Verhalten der Behörden bestimmen will, oder ob durch das Konkordat in den beteiligten Kantonen die Staatsangehörigen selbst betroffen werden.[6]) Immer aber wird partikulares Recht geschaffen, das nicht für die ganze Eid-

[6]) Von den rein fiskalischen Verträgen, die ganz dem Privatrecht angehören, wird hier abgesehen; sie beschlagen nicht die staatliche Hoheitssphäre, von der hier allein die Rede ist.

genossenschaft gilt. Verkommnisse begründen immer eine Art Sonderrecht in den beteiligten Kantonen.

Dagegen wäre nichts einzuwenden, wenn die Kantone selbständige Staaten geblieben wären. In diesem Fall könnten die Verkommnisse sehr wohl mit völkerrechtlichen Verträgen verglichen werden.[7]) Allein es ist leicht einzusehen, daß die Stellung der Kontrahenten beim Verkommnis grundsätzlich verschieden ist von derjenigen der Vertragspartner im Völkerrecht.

Letztere sind frei und unabhängig in jeder Beziehung. Durch den Vertrag wird zwar auch neues Recht geschaffen, aber in einheitlicher und gleicher Weise für den ganzen Staat, für alle Rechtsgenossen, die derselben Ordnung angehören. Die Planmäßigkeit und Einheitlichkeit der staatlichen Ordnung wird durch einen völkerrechtlichen Vertrag nicht gestört, weil der Vertrag durch die oberste Behörde verbindlich geschlossen wird, die auch für die einheitliche, in sich geschlossene Staatsaufgabe, für die Rechtsverwirklichung verantwortlich ist.

Anders beim Verkommnis. Die Kt. haben nicht den Rang von souveränen Staaten, d. h. sie bilden für ihr Gebiet und ihre Untertanen nicht die oberste, nicht weiter ableitbare Staatsgewalt. Die kt. Verfassungen begründen nicht die unabhängige Organisation mit den selbständigen Befugnissen, die zur staatlichen Aufgabe der Rechtsverwirklichung gehören. Diese Abhängigkeit tritt auf Schritt und Tritt zu Tage. Beispielsweise heißt es in der BV. (Art. 64), daß das Prozeßrecht den Kt. verbleibe, während das materielle Recht vom Bund geordnet werde. In diesem Fall müssen die Kt. auf die eidgenössische Regelung Rücksicht nehmen. In der Ausgestaltung des Prozeßrechtes sind die Kt., wenn das eidg. Zivilrecht einmal besteht, nicht mehr frei. Nachdem der Bund das Strafgesetzbuch erlassen hat, können die Kt. nicht mehr darüber entscheiden, wie sie ihre Gerichte und ihre Kriminalpolizei ordnen wollen; denn das eine ohne das andere wäre ein unvollständiges Bruchstück [8]). Aber auch auf andern Gebieten zeigt sich die Konnexität der Staatsaufgaben. Nur wenn nach einem einheitlichen Plane gearbeitet wird, kann die Verwirklichung staatlicher Postulate mit Erfolg durchgeführt werden. Einheitlichkeit und Planmäßigkeit sind sowohl in logischer als auch in praktischer Hinsicht die Grundbedingungen jeglicher Ordnung, die als staatliche angesprochen werden will.

Dem Bundesstaat allein kommt deshalb in diesem Sinne staatlicher Charakter zu, nicht aber den Kt. Interne Rechtsbildungen auf dem Konkordatswege bedeuten also stets einen Einbruch in die geschlossene Ordnung des Bundesstaates [9]). Am deutlichsten tritt diese logische Inkonsequenz bei solchen Konkordaten hervor, die das Verhalten der betreffenden Kt.-angehörigen ordnen [10]). Gemäß Art. 7 BV. sind die Kt. berechtigt, zur Vollziehung dieser Konkordate die Mitwirkung der Bundesbehörden anzusprechen. So kann es vorkommen, daß die Bundesbehörden, die doch gegenüber allen Angehörigen des

[7]) Wie es Bolle: Das interkt. Recht, S. 3, tut, wo er von «schweizerischem Völkerrecht» spricht, aber m. E. zu Unrecht.

[8]) Vergl. Organisation S. 157.

[9]) Daß die eidg. Behörden sich ein Genehmigungsrecht vorbehalten, ändert daran nichts. Die Verbindlichkeit der Verkommnisse wird übrigens durch die Genehmigung nicht berührt. Vergl. Burckh. Komm. S. 76. Zudem werden nicht einmal alle Verkommnisse zur Genehmigung vorgelegt. Vergl. Hilty: Pol. Jahrbuch XV, S. 492, 493 und Burckh. Komm. S. 77.

[10]) Beispielsweise die Konkordate betr. Patentierung der Hebammen (8./9. Jan. 1879), betr. Freizügigkeit der Geometer (1. März 1868), betr. Freizügigkeit der reformierten Geistlichen (19. Febr. 1862), oder betr. «Geheimmittel» (Arzneimittel, deren Zusammensetzung geheim gehalten wird) vom 23. Jan. 1900 u. a.

Schw. Bundesstaates gleiches Recht zur Anwendung bringen sollten, gegenüber den Angehörigen von Konkordatskt. „Sonderrecht" anwenden müssen.

II. Die Arten der interkantonalen Verträge.

a) Die Literatur unterscheidet vier Arten mehr oder weniger deutlich voneinander: Vertrag, Vereinbarung, eidgenössisches Konkordat und Konkordat schlechterhin [11]).

Danach sollen sich *Vertrag* und Vereinbarung dadurch voneinander unterscheiden, daß der Vertrag einen korrespondierenden Willen der Vertragspartner voraussetzt, so z. B., daß der eine fordert, der andere schuldet, daß also immer dem Recht des einen eine Pflicht des andern gegenübersteht [12]). Dagegen ist eine *Vereinbarung* ein Verkommnis auf Grund einer gegenseitigen Willensübereinstimmung, die darauf gerichtet ist, auf einem bestimmten Gebiet eine einheitliche Regelung herbeizuführen. Im Gegensatz zu den Verträgen begründet die Vereinbarung objektives Recht; ihre Normen sind Rechtssätze, abstrakte Regeln. *Eidgenössische Konkordate* sind solche, die „die Mehrheit der Stände im Schoße der Tagsatzung unter sich abgeschlossen hatte" [13]); und zwar betrifft dies nur Konkordate, die in der Periode vor 1848 entstanden sind und heute noch in Kraft stehen. Von einem *Konkordat schlechthin* sprechen wir, wenn mehrere, oder auch alle Kantone zusammentreten, um eine Materie von allgemeinem Interesse zu regeln [14]). Zum Unterschied von der bloßen Vereinbarung ist hier der Gegenstand von solcher Art, daß alle Kantone beitreten können.

b) Es fällt auf, daß dieser Einteilung in 4 Arten kein einheitliches Kriterium zugrunde gelegt wird. Um die *eidg. Konkordate* von den übrigen interkt. Abmachungen abzugrenzen, wird ein historisches Moment, der Zeitpunkt des Zustandekommens zum Unterscheidungsmerkmal gemacht, während *Vereinbarung* und *Konkordat schlechthin* sich durch die Art des Gegenstandes unterscheiden sollen. Die Einteilung hat deshalb etwas Willkürliches, was wohl die Hauptschuld an der inkonsequenten Terminologie in der Praxis trägt.

Will man aber nach einem einzigen Kriterium eine (andere) Unterscheidung vornehmen, so muß man die Vierteilung aufgeben. Wir können das mit ruhigem Gewissen und ohne Nachteil für die Lehre von den interkt. Verträgen tun, denn eine willkürliche Einteilung ist zum vornherein zur Unfruchtbarkeit verurteilt. Es ist denn auch nicht einzusehen, was die Unterscheidung zwischen *Vereinbarung* und *Konkordat* rechtlich bedeuten soll, da beide Arten rechtlich vollkommen gleich behandelt werden und durchaus gleichwertig sind. Die Zahl der beteiligten Kt. berührt die rechtliche Natur der Uebereinkunft ebensowenig wie der Umstand, ob ihr Inhalt von mehr oder weniger allgemeinem Interesse sei. Es steht also nichts im Wege, die beiden Bezeichnungen durch eine zu

[11]) Wir stützen uns dabei auf Bolle, a.a.O. S. 126 und 127. Die Praxis hat sich allerdings nur selten um diese Unterscheidung gekümmert; sie hat diese Begriffe meist nichtssagend benutzt oder sogar noch andere verwendet.

[12]) Dazu gehören demnach die meisten fiskalischen Verträge, dann die Grenzbereinigungsverträge und die Verträge auf Festsetzung von Staatsservituten.

[13]) Der Begriff des eidg. Konkordates wurde im «Tagsatzungsbeschluß über die Art und Weise des Rücktrittes eines Kt. von einem eingegangenen Konkordate» vom 25. Juli 1836 festgesetzt. (Off. Sammlung S. 381—382 und Snell, Handbuch des schw. Staatsrechts I S. 173/4, 714/6).

[14]) Etwa als Vorgänger und Vorbereiter der Bundesgesetzgebung; wie beisp. das «Konkordat über eine einheitliche Verordnung betr. den Motorwagen- und Fahrradverkehr» vom 19. Dez. 1902 (A.S. XX, 73) dem Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932 vorangegangen ist.

ersetzen. In Anlehnung an die BV. scheint uns „Verkommnis" das gegebene Wort zu sein. Diese Verkommnisse stehen nun den Verträgen gegenüber, und dieser Gegensatz ist rechtlich relevant und allgemeingültig, weil ihm der Gegensatz zwischen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen (d. h. eben vertraglichen) Normen zugrunde liegt [15]). Wenn wir von den *eidg. Konkordaten* absehen, was umso berechtigter ist, als ihnen nur mehr historische Bedeutung zukommt, da sie ja unter der heutigen Verfassung nicht mehr abgeschlossen werden können, vermindert sich die Zahl der interkt. Abmachungen im geltenden Recht auf zwei: Verkommnis und interkt. Vertrag.

Diese Zweiteilung stellt das Verkommnis dem Vertrag gegenüber. Man wird vielleicht einwenden, dieser Gegensatz sei unklar, denn das Verkommnis sei doch auch ein Vertrag. Diese Unklarheit wird vornehmlich durch zwei Gründe hervorgerufen.

Einmal trägt die laxe Terminologie in Bezug auf das Wort „Vertrag" eine wesentliche Schuld. Häufig wird jede beliebige Abmachung zwischen zwei oder mehreren Kt. unbesehen mit Vertrag bezeichnet. Im weitesten Sinne wird dieses Wort überhaupt zur generellen Bezeichnung jeglicher Rechtsverhältnisse zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten, und zwar sowohl für Verhältnisse des privaten als auch des öffentlichen Rechts, verwendet. Der Vertrag, wie das Rechtsgeschäft überhaupt, ist nun aber im Privatrecht beheimatet. Im öffentlichen Recht — und davon ist die Rede, wenn zwischen Kt. Verkommnisse abgeschlossen werden — hat das Rechtsgeschäft keinen angestammten Platz [16]). Näheres über das Rechtsgeschäft im privaten und im öffentlichen Recht erfahren wir unten (III); hier mag vorläufig genügen, daß wir das Verkommnis nicht vorbehaltlos als einen Vertrag zwischen mehreren Kt. bezeichnen können.

Ein weiterer Grund für die Unklarheit des Gegensatzes zwischen Vertrag und Verkommnis, den wir hier ebenfalls nur kurz andeuten möchten, liegt im formellen Wesen des Verkommnisses selbst begründet. Durch das Verkommnis wird objektives Recht, Gesetzesrecht geschaffen [17]) und trotzdem wird es wie ein Vertrag abgeschlossen, abgeändert und gekündigt. Dieser Widerspruch zwischen Inhalt und Form ist aber allen interkt. Abmachungen, soweit sie das öffentliche Recht betreffen, inhärent.

c) Damit nun der gemeinsame Wille der kontrahierenden Kt. mit allen Rechtswirkungen eines Verkommnisses ausgestattet werde, ist es notwendig, daß bestimmte formelle Erfordernisse erfüllt werden [18]).

1. Die durch die einzelnen Kantonsverfassungen bestimmten Organe müssen die Unterhandlungen pflegen. In der Regel sind es die kt. Regierungen, die den Verkehr mit andern Kt. besorgen, und gewöhnlich geht auch von ihnen die Initiative zum Abschluß eines Verkommnisses aus.

2. Für die Form der Verkommnisse wird immer Schriftlichkeit verlangt. Ein besonderer feierlicher Akt ist nicht vorgeschrieben [19]).

[15]) Vergl. die näheren Ausführungen unter III. dieses Paragraphen.

[16]) Dazu Giacometti, Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten, S. 17: Der Vertrag kann auf dem Boden des öffentlichen Rechts überhaupt nicht gedeihen.

[17]) Vergl. unten IV.

[18]) Diese Erfordernisse sind im großen und ganzen dieselben für alle Arten interkt. Abmachungen, für die Art. 7 BV. gelten soll.

[19]) Im allg. kehrt folgende übliche Ordnung immer wieder: Titel des Verk. mit Anführung des Gegenstandes, manchmals des Zweckes und der beteiligten Kt.; Datum des Abschlusses; Bestimmungen des Vertr. in einzelnen Art.; manchmal Vorbehalt der Ratifikation durch das komp. Kt.-Organ und der Genehmigung der Bundesbehörden; Unterschriften der beteiligten Kt.

3. Ratifikation ist notwendig, d. h. die zuständigen kt. Instanzen müssen ihre ausdrückliche Genehmigung erteilen. In einigen Kt. ist sogar Annahme durch das Volk ein Verbindlichkeitsrequisit (Landsgemeinde, obligatorisches Referendum); in anderen Kt. besteht bloß die Möglichkeit einer Volksabstimmung (fakultatives Referendum); wieder andere unterwerfen nur bestimmte Vereinbarungen (z. B. wichtige, von allgemeinem Interesse oder solche in Abänderung eines Gesetzes) der Volksabstimmung [20]). Vom Momente der Ratifikation an ist der Staatsvertrag für den ratifizierenden Kt. verbindlich.

4. Publikation. Enthält das Verkommnis Rechtssätze, die von den einzelnen Kt.-angehörigen befolgt werden sollen, so ist es notwendig, daß der Inhalt der Uebereinkunft in gehöriger Form (also in Gesetzesform) bekannt gemacht werde. Aber das ist nur eine Ordnungsvorschrift, nicht eine Gültigkeitsbedingung; die Geltung des Vertrages für die Kt.-angehörigen ist nicht erst mit der Bekanntmachung gegeben, sondern besteht von dem Zeitpunkt an, in welchem der Vertrag unter den Kt. gültig zustande gekommen ist [21]).

5. Gemäß Art. 7 Abs. 2 BV. sind alle „Verkommnisse über Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung" — also alle zulässigen Verträge — der Bundesbehörde [22]) vorzulegen. Diese Mitwirkung der Bundesbehörde ist aber kein Gültigkeitsrequisit. Der Vertrag wird in endgültiger Weise durch die vereinbarenden Kt. geschlossen [23]).

III. Verkommnis und Rechtsgeschäft.

Hier soll die Frage geprüft werden, ob interkt. Abmachungen im Sinne des Art. 7 BV. den Charakter von Rechtsgeschäften haben, wie es, nach ihren vertraglichen Formen (Abschluß, Kündigung) zu urteilen, auf den ersten Blick den Anschein hat und auch häufig vertreten wird, oder ob das Rechtsgeschäft, wie oben schon angedeutet, hier nur in einem uneigentlichen Sinne Anwendung findet.

a) Das Rechtsgeschäft im privaten und im öffentlichen Recht.

Das eigentliche Rechtsgeschäft steht im Gegensatz zum Rechtssatz [24]), zum Gesetz: In einem bestimmten Rahmen der positiven Rechtsordnung werden durch freie Entschließung von privaten Personen Rechte und Pflichten begründet. Das ganze Gebiet ist beherrscht durch die Willkür. Inhaltlich steht dem Rechtsgeschäft das objektiv Notwendige im zwingenden Rechtssatz gegenüber. Die Verbindlichkeit der Verträge ergibt sich aus deren Anerkennung durch die Rechtsordnung. Es ist eine gesetzgebungspolitische Frage, wie weit der Gesetzgeber solche private und subjektive Quellen der Rechtsverbindlichkeiten fließen lassen will. Die strikte Durchführung des Postulates der objektiven Rechtsidee würde eigentlich die Anerkennung solcher Willkür ausschließen, denn die Unvollkommenheit der Menschen und die egoistische Art, mit der sie häufig ihre Interessen gegenüber andern wahrnehmen, garantieren keineswegs eine gerechte Ordnung. Daß die private Willkür in so weitem Umfange mit rechtlicher Wirksamkeit ausgestattet wurde, ist zum Teil darauf zurückzuführen, daß der Gesetz-

[20]) Ueber weitere Einzelheiten vergl. Bolle, a.a.O.S. 132 ff.

[21]) Dazu Burckhardt, Die staatsrechtl. Wirkung der Staatsverträge, ZfSR n. F. 34 S. 145 ff. — Anderer Ansicht Bolle, a.a.O. S. 139. 143 ff.

[22]) Scil. Bundesrat, vergl. Art. 102 Abs. 2 BV.

[23]) So Burckh. Komm. S. 76. — Der GV. der N.O.K. wurde der Bundesbehörde nie zur Genehmigung vorgelegt.

[24]) Organisation S. 2.

geber sich nicht zutraute, für alle möglichen Fälle eine schlechthin verbindliche, zutreffende Regel zu finden [25]), und zum Teil darauf, daß er grundsätzlich die private Initiative anerkennen und an den Tätigkeitsbetrieb und das Verantwortungsgefühl der einzelnen appellieren wollte [26]).

Wir bewegen uns immer noch auf dem Gebiet des Privatrechtes. Im öffentlichen Recht versteht man unter einem Rechtsgeschäft einen Staatsakt, durch den Rechte und Pflichten begründet werden [27]). Wenn man das öffentliche Recht dadurch kennzeichnet, daß es das objektiv Notwendige verwirklichen soll, so trägt man mit dem Begriff des öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäftes einen privatrechtlichen Gesichtspunkt hinein, nämlich den der Zufälligkeit rechtlichen Handelns. Um deshalb dem öffentlichen Recht wieder gerecht zu werden, muß sich das Rechtsgeschäft einige, durch den Charakter des öffentlichen Rechts bestimmte Modifikationen gefallen lassen.

Fürs erste tritt an Stelle der zufälligen Entschließung der privaten Parteien naturgemäß das objektiv bestimmte Handeln der Behörden, d. h. die pflichtmäßige Anwendung des Gesetzes. Im privaten Rechtsgeschäft sind die Parteien frei in ihrer Entschließung; es ist Zufall, daß eine Verbindlichkeit entsteht. Dagegen sollen sich die staatlichen Organe auch in ihren „rechtsgeschäftlichen" Handlungen immer an Grundsätze halten [28]). Bezüglich der Rechtskraft gilt beim öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäft, daß, wenn es seinen Zweck, die Verwirklichung des objektiven Rechts verfehlt, eine nachträgliche Aufhebung oder Aenderung zulässig sein muß; ein privatrechtlicher Vertrag aber, der gültig zustande gekommen ist, muß gehalten werden, ohne Rücksicht darauf, ob er gerecht ist, und das über vertraglich Geschlossenes ergangene Urteil ist rechtskräftig, auf die Gefahr hin, daß es unrichtig ist.

b) Das Rechtsgeschäft in interkt. Beziehung.

Obige Unterscheidung scheint allerdings berechtigt für alle Staatsakte, die von den Organen in ihrer innerstaatlichen Tätigkeit ausgeführt werden. Wie aber, wenn zwei oder mehrere Staaten miteinander paktieren, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, vertragliche Abmachungen treffen? Ist da nicht der Staat als Ganzes, gleichsam als ein Individuum, frei und unabhängig im Bestimmen dessen, was für ihn verbindlich sein soll, und ist nicht der Bestand eines solchen Rechtsverhältnisses zufällig im Hinblick auf die objektive Rechtsordnung? [29]) Nach zwei Seiten hin müssen wir diese Frage verneinen.

Einmal können wir die Kantone nicht vorbehaltlos als Staaten bezeichnen. Ihre Souveränität ist beschränkt, und sie stehen sich nicht wie souveräne Staaten im Völkerrecht gegenüber.[30]) Sie stehen alle als Glieder des schweizerischen Bundesstaates unter ein und derselben Rechtsordnung, die der BV. Der Vertragsfreiheit werden dadurch in materieller Hinsicht Grenzen gesteckt, daß den Kt. nur über die „bundesrechtsfreie" Sphäre zu disponieren bleibt.[31]) Auf politischem Gebiet ist ihnen jegliches Bündnisrecht versagt.[32]) Die Geltung aller

[25]) Organisation S. 8.
[26]) E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung S. 96, spricht in diesem Zusammenhang von einem «agitativen Prinzip».
[27]) Organisation S. 47 ff.
[28]) Organisation S. 44 und 55; Fleiner. Institutionen S. 6 und 141, aber weniger deutlich.
[29]) Wie G. Jedlicka, Der öffentl.-rechtl. Vertrag im Verwaltungsrecht (Zch. Diss. 1928) S. 29 annimmt.
[30]) Vergl. oben I.
[31]) Dazu Bolle, a.a.O. S. 2. ff.
[32]) BV. Art. 7 Abs. 2.

Verträge zwischen Kt. gründet sich auf die BV., also auf eine ihnen übergeordnete Rechtsordnung; die Bundesbehörden können deshalb alle Abmachungen, die dieser Ordnung widersprechen, unwirksam machen.

In der „bundesgewaltfreien" Sphäre — wenn von einer solchen überhaupt gesprochen werden kann — scheinen die Kt. aber völlig frei zu sein. Das führt uns zum zweiten Punkt.

Die Organe eines souveränen Staates, die mit andern souveränen Staaten paktieren (völkerrechtliche Verträge), können bei ihren Handlungen nicht dieselbe Willkür walten lassen, wie zwei Private dies tun können. Sie stehen zwar nicht unter einer gemeinsamen, ihnen übergeordneten Rechtsordnung; aber ihre Abmachungen sind nur wirksam, wenn und soweit die staatliche Ordnung es erlaubt, d. h. wenn die handelnde Behörde dazu kompetent war und der Vertrag in der vorgeschriebenen Form geschlossen wurde und, was uns hier hauptsächlich interessiert, wenn der Inhalt des Vertrages ein Erfordernis des Staatszweckes war, also (staatlich gesehen) notwendig war. Diese innere Bindung tritt selbstverständlich auch bei Gliedstaaten hervor, wenn sie auf Gebieten paktieren, auf denen ihnen die Zentralgewalt Selbständigkeit gewähren wollte. Es soll also bei den Handlungen der Organe schlechthin keine Willkür herrschen, und deshalb sind ihre „Rechtsgeschäfte" auch keine eigentlichen Rechtsgeschäfte.[33])

Wenn wir das Verkommnis als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts so deutlich gegenüber dem Rechtsgeschäft, also auch gegenüber dem Vertrag, abzugrenzen vermögen, so müssen wir immerhin gestehen, daß dies nur auf Grund eines materiellen Kriteriums, nur im Hinblick auf den Inhalt, die Aufgabe der Uebereinkunft möglich ist. Formell ist das Verkommnis jedoch stets ein Vertrag. Einmal sind zwei oder mehrere Rechtssubjekte vorhanden, die miteinander etwas abmachen. Das Verkommnis kommt nur zustande, wenn alle „Parteien" miteinander übereinstimmen, wenn ihre Willen sich gegenseitig „vertragen". Es ist ein regelrechter Konsens nötig. Vor dem Abschluß wird verhandelt; vielleicht muß ein Teil zu Gunsten des andern Konzessionen machen. Alle diese äußern Begleitumstände, die denjenigen bei einem privatrechtlichen Vertragsabschluß entsprechen, deuten auf ein vertragliches Verhältnis hin und lassen zum mindesten den Ausdruck „interkt. (resp, völkerrechtliche) Verträge" als generelle Bezeichnung dieser zwischenstaatlichen Rechtsgebilde als gerechtfertigt erscheinen. Aber es ist nichtsdestoweniger eine widerspruchsvolle Lage, weil ja die Form des Vertrages dem Inhalt der Aufgabe nicht entspricht.

IV. Was für Recht wird durch das Verkommnis begründet?

a) Kantonales oder eidgenössisches Recht?

Diese Frage will das Verhältnis des Verkommnisses zum Bundesrecht einerseits und zum Kt. Recht anderseits bestimmen.

Es ist ohne weiteres klar, daß die Vereinbarung nicht eidgenössisches Recht begründet. Denn aus dem übereinstimmenden Willen der Kt. (auch aller Kt.) kann auf dem Wege des Verkommnisses kein eidgenössisches Recht entstehen, da ja die Bundesbehörden nicht mitzuwirken brauchen. Für einen bestimmten

[33]) Eine Einwendung müssen wir uns hier allerdings gefallen lassen. Wir haben nämlich bei unserer Betrachtung absichtlich von den fiskalischen Verträgen abgesehen. Diese gehören zweifellos ganz dem Privatrecht an. Auch der Fall, wo der Staat planmäßig, in Ausübung einer gesetzlichen Aufgabe, Verträge abschließt, wie beim Betrieb von Eisenbahnen usw., gehört nicht hierher. Form und Inhalt stehen hier in keinem Widerspruch zueinander.

Rechtskreis (von dem das Recht seinen Namen erhält, z. B. Bundesrecht, kantonales Recht) kann Recht nur von den dazu bestimmten Organen (rechtsetzenden Behörden) geschaffen werden. Andere Quellen werden nicht anerkannt, auch wenn ihr Recht inhaltlich und nach seinem Geltungsbereich mit dem durch die verfassungsmäßigen Organe geschaffenen übereinstimmt [34]). Das Bundesrecht geht ja auch dem interkt. Vertragsrecht vor, und bundesrechtswidrige Verträge unterliegen der Aufhebung durch das Bundesgericht.[35])

In welchem Verhältnis aber stehen Verkommnis und kt. Recht? Wirkt jenes in den vereinbarenden Staaten wie kt. Recht? Oder geht das Konkordatsrecht vor? Wir müssen da einen Unterschied machen.

Im Verhältnis zu den Staatsuntertanen besteht kein Unterschied zwischen Konkordatsrecht und kt. Recht. Dem Individuum gegenüber gibt es nur entweder kt. (bzw. von Kt. an autonome Körperschaften, z. B. an Gemeinden delegiertes) Recht und Bundesrecht, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil es nur diese zwei organisierten, mit staatlichen Funktionen und Kompetenzen ausgerüsteten Rechtskreise gibt, die gegenüber dem einzelnen mit Herrschergewalt (Imperium) [36]) auftreten können.

Anderes ist zu sagen über das Verhältnis des Konkordatsrechts zur kt. (rechtssetzenden) Behörde. Dieses Verhältnis interessiert uns hauptsächlich dann, wenn durch das Verkommnis das Verhalten der Behörden bestimmt werden soll [37]). Wenn der Kt. sich gegenüber andern Kt. verpflichtet hat, ist seine Behörde natürlich nicht mehr frei im Erlassen von Gesetzen. Sie darf das Konkordatsrecht nicht verletzen, da sonst der Kt. seinen Pflichten aus dem Verkommnis nicht nachkommen würde; jeder beigetretene Kt. könnte darauf klagen. Das Konkordatsrecht geht also dem Recht der einzelnen Kt. vor und zwar auch für die Einzelnen. Im Vergleich zum Völkerrecht schreibt Burckhardt in seinem Kommentar (S. 78), daß es ähnlich, aber doch nicht gleich, wie völkerrechtliche Verträge dem Landesrecht vorgehe: „Aehnlich insofern, als das Gesetzesrecht durch widersprechendes Konkordatsrecht nicht, wie durch widersprechendes Bundesrecht, formell aufgehoben, sondern nur außer Wirksamkeit gesetzt wird für solange, als das Konkordat besteht. Ungleich aber insofern, als das widersprechende kt. Recht ohne weiteres unwirksam wird, und es also (verbindliches) konkordatswidriges Landesrecht in einem Kt. nicht geben kann, wie es völkerrechtswidriges Landesrecht gibt." Burckhardt gibt dazu keine Begründung. Versuchen wir, eine zu geben.

Auf der einen Seite, bei der Aehnlichkeit der Prävalenz interkantonaler und völkerrechtlicher Verträge vor dem staatlichen Recht ist nicht formelle Aufhebung, sondern nur Unwirksamkeit die Folge. Und zwar deshalb, weil das Konkordats- resp. Völkerrecht nicht dem Organ eines (organisierten) überstaatlichen Rechtskreises entspringt, das dem staatlichen Organ juristisch übergeordnet wäre, etwa dergestalt, daß die Geltung des staatlichen Organs sich auf den überstaatlichen Rechtskreis gründete (wie etwa die Kt. des Bundesstaates ihren Geltungsgrund in der BV. haben). Die Geltung des Rechts hat in der Verfassung ihren letzten Grund. Die Organe, die Konkordats- oder Völkerrecht

[34]) Ein Verkommnis z. B., dem alle Kt. beigetreten sind, begründet trotzdem nicht eidg. Recht, weil es nicht von der zuständigen Behörde (Bundesversammlung) erlassen worden ist. — Auch in diesem Sinne ist die Vorstellung irrig, wonach der Bundesstaat gleichzusetzen wäre mit der Summe aller Kt.

[35]) Burckh. Komm. S. 78.

[36]) Fleiner, Institutionen S. 5.

[37]) Wie das beim GV der N.O.K. der Fall ist.

schaffen, sind immer staatliche. Es gibt keine überstaatliche Organisation (etwa mit rechtsetzenden und vollziehenden Organen) im staatlichen Sinne. Aus diesem Grunde kann das staatliche Recht durch widersprechendes Konkordats- oder Völkerrecht auch nicht formell aufgehoben werden. Daß es aber unwirksam werde für solange, als das Konkordat oder der völkerrechtliche Vertrag in Kraft bleibt, ist ein praktisches Postulat, weil ein Staat einerseits als Vertragspartner, anderseits durch seine Vollziehungsorgane vernünftigerweise nicht zugleich Widersprechendes beschließen und anwenden kann.

Auf der andern Seite ist die Ungleichheit der Prävalenz hinsichtlich des Eintretens der Wirkungen widersprechender Konkordate bzw. völkerrechtlicher Verträge in der Verschiedenartigkeit der paktierenden Subjekte (Kanton oder souveräner Staat) zu suchen. Die Kt. stehen alle unter einer einheitlichen, organisierten (staatlichen) Gewalt. Sie sind alle Glieder des schw. Bundesstaates. Ihr Bestand ist vom Bestand der Eidgenossenschaft abhängig. Anders die Kontrahenten völkerrechtlicher Verträge. Sie sind souverän im eigentlichen Sinne des Wortes. Keine staatliche Organisation steht über ihnen. Aus dieser Verschiedenheit der Kontrahenten ergibt sich eine Verschiedenheit in der Anwendung und Vollziehung und damit eine Ungleichheit in den Wirkungen ihrer Vereinbarungen. Ist ein Verkommnis durch eine kt. Verfügung oder durch einen kt. Erlaß verletzt worden, so ist das Bundesgericht nach Maßgabe der Art. 113 Abs. 3 BV. und Art. 175 Abs. 3 u. Art. 178 OG. als Staatsgerichtshof zuständig. Dem Konkordat ist im Bundesgericht als Beschwerdeinstanz ein Beschützer erwachsen, der in einer den Kt. übergeordneten Rechtssphäre seinen Geltungsgrund besitzt. Da nun die Rechtsanwendung und Vollziehung innerhalb eines Staates — auch innerhalb des Bundesstaates — nach einem einheitlichen Plan geschehen soll (weil ja Widersprechendes nicht zugleich vollzogen werden kann), und das Konkordatsrecht dem kantonalen Recht vorgeht, ist es nicht angängig, daß es in einem Kt. geltendes, also verbindliches (d. h. vom Gericht geschütztes, sich durchsetzendes) konkordatswidriges Landesrecht gibt. Es entspricht daher nur einer zweckmäßigen Rechtsauffassung, wenn man annimmt, daß konkordatswidriges, kantonales Recht eo ipso mit der Verbindlichkeit des Verkommnisses unwirksam werde.

Wenn völkerrechtliche Verträge verletzt werden, ist zwar ebenfalls das Bundesgericht zuständig, aber es nimmt gegenüber den Vertragsstaaten nicht die dominierende Stellung ein, wie gegenüber den Kt. Die notwendige Einheitlichkeit im Innern des Staates wird nicht gestört durch einen völkerrechtswidrigen Entscheid des Bundesgerichts und das ist das Entscheidende [38]). Deshalb wird das völkerrechtswidrige Landesrecht erst durch landesrechtliche Erklärung (der Landesbehörde) unwirksam, im Gegensatz zum konkordatswidrigen kantonalen Recht.

b) Vertragsrecht oder Gesetzesrecht?

Diese Frage, die mit der oben gestellten zusammenhängt, deren Lösung aber in jener nicht enthalten ist, bedarf noch einer kurzen Würdigung. Um über die Bedeutung dieser Frage klar zu werden, müssen wir uns das vergegenwärtigen, was wir oben (III.) gesagt haben. Dort wurde dem Vertrag, als dem von Willkür getragenen, subjektive Rechte und Pflichten begründenden Rechtsgeschäft, das Gesetz, der Ausfluß staatlicher Kompetenz, der das objektiv Not-

[38]) Das ist mit einer der Punkte, die die Schwäche völkerrechtlicher Verträge ausmachen. Es gibt außer der Selbsthilfe der verletzten Staaten (Krieg) kein Mittel, um den völkerrechtlichen Verträgen Geltung zu verschaffen.

wendige verwirklichen soll, gegenüber gestellt. Faßt man die Frage in diesem materiellen Sinne auf, dann ist die Antwort auch schon gegeben. Obwohl formellrechtlich durch das Verkommnis zwischen den beteiligten Kt. unbestreitbar ein Vertragsverhältnis begründet wird, können wir das dadurch geschaffene Recht nicht als vertragliches (im eigentlichen Sinne) bezeichnen [39]). Ein Blick auf das einzuschlagende Verfahren muß uns in dieser Ansicht bestärken: damit ein Verkommnis Geltung erlange, muß im großen und ganzen derselbe Weg innegehalten werden, der beim Erlaß von Gesetzen beobachtet werden muß [40]).

Ist nun aber dieses „Vertragsrecht" inhaltlich Gesetzesrecht [41]), so hat das seine ganz bestimmten Folgen. Zeigt die Vereinbarung Lücken oder Unklarheiten, so muß sie wie ein Gesetz ausgelegt werden, d. h. so, wie sie nach ihrem bekanntgegebenen Wortlaut vernünftigerweise verstanden werden muß, und nicht so, wie die Vertragsparteien, die Kt. sie beim Abschluß verstanden haben oder wie sie sie in gemeinsamem Einverständnis auslegen [42]). Ferner schafft die Vereinbarung nicht bloß Recht für die Kt. unter sich (= Vertragsrecht), sondern für jedermann. Deshalb kann sie auch von jedem Privaten angerufen werden [43]). Dieser Geltungsbereich hat jedoch nur Bedeutung, wenn das Verkommnis eine allgemeine Verhaltungsnorm aufstellen will. Wie schon oben bemerkt, ist das keineswegs immer der Fall. Regelt das Verkommnis nur das Verhalten der Behörden, verliert freilich obige Auslegungsregel praktisch an Bedeutung.

§ 4. Der Gründungsvertrag im besonderen.

I. Der Gegenstand des Vertrages.

Ohne auf Einzelheiten einzugehen, soll im folgenden kurz auf den Gegenstand hingewiesen werden, der der interkt. Vereinbarung, dem Gründungsvertrag (GV.) zugrunde liegt.

Aus § 1 GV. entnehmen wir, daß die beteiligten Kt. von der „Motor" A.-G. in Baden die sämtlichen Aktien der Kraftwerke Beznau-Löntsch erworben haben und diese Unternehmung auf Grund der bestehenden Konzessionen und Verträge als A.-G. unter der Firma „Nordostschweizerische Kraftwerke A.-G." nach kaufmännischen Grundsätzen, unter Berücksichtigung angemessener Verzinsung und Abschreibung, mit Hauptsitz in Baden und Zweigniederlassungen in Glarus und Zürich weiterbetreiben.

Der Erwerb sämtlicher Aktien, also ein Kaufvertrag und der Betrieb der dadurch erworbenen Unternehmung nach kaufmännischen Grundsätzen bilden die Ausgangspunkte [44]). Ein so umfangreicher Zweck verlangt naturgemäß nähere Bestimmung. So wird in § 2 den Kt. nach einem festen Schlüssel, der auch bei einer eventuellen Aktienkapitalerhöhung beibehalten werden soll, ihr Anteil am Aktienkapital zugewiesen. Die Aktien der beteiligten Kt. sind grundsätzlich unveräußerlich (§ 3), davon ausgenommen sind allerdings die Abgabe von Pflichtaktien an die Vertreter im Verwaltungsrat und die Uebertragung des

[39]) Es sei denn, es handle sich um rein fiskalische Verträge.

[40]) Oben (IIc) bei Erwähnung der Ratifikation der Staatsverträge wurden die nötigen Erfordernisse angeführt.

[41]) Auf den evidenten Widerspruch zwischen Form und Inhalt wurde oben schon hingewiesen. Vergl. II. b a.E. und III. a.E.

[42]) Burckhardt W., Lücken des Gesetzes (1925) S. 77.

[43]) Z. B. in der Form des Art. 113 BV.

[44]) Ueber die Entstehung dieser Sachlage verweisen wir auf die im ersten Teil angeführten entwicklungsgeschichtlichen Daten.

gesamten oder eines Teiles des Aktienbesitzes an ein eigenes staatliches Elektrizitätswerk. Das Verfahren bei Anständen wird in § 10 geregelt, der bestimmt, daß alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis durch das schweizerische Bundesgericht zu entscheiden seien.

Neben diesen Bestimmungen werden noch besondere Rechte und Pflichten der beteiligten Kt. gegenüber der zu gründenden A.-G. statuiert. In § 4 beispielsweise wird die N.O.K. A.-G. verpflichtet, in den beteiligten Kt. die el. Energie unter gleichen Umständen zu den gleichen Bedingungen abzugeben, vorbehältlich der bestehenden Verträge und Konzessionen. Dagegen verpflichten sich die Kt., die gesamte el. Energie für ihre staatlichen Kraftversorgungen von den N.O.K. zu beziehen, solange diese in der Lage sind, zu annehmbaren Bedingungen Kraft zu liefern.

Es erübrigt sich, weitere Einzelheiten aus dem GV. herauszugreifen. Zur Abklärung der grundsätzlichen Fragen — und das ist unsere Aufgabe — genügen die angeführten Bestimmungen. Wo die weitere Untersuchung Verdeutlichungen durch Hinweise auf konkrete Fälle, oder Illustrationen durch praktische Beispiele erheischt, mögen später noch gelegentlich andere Bestimmungen zitiert werden.

II. Besonderheiten des GV.

Der von den Kantonen geschlossene Vertrag zwecks Gründung einer Aktiengesellschaft ist kein Gründungsvertrag im gewöhnlichen Sinne. Er weist in zweifacher Hinsicht Besonderheiten auf:

a) Bezüglich seines Inhaltes.

Ein gewöhnlicher Gründungsvertrag hat nur solange Geltung, als die A.-G. noch nicht gegründet ist. Seine Geltungsdauer ist durch die Entstehung der A.-G. resolutiv bedingt. Der GV. will die Verhältnisse unter den Gründern rechtlich bestimmen für die Zeit, wo die zu gründende Juristische Person noch nicht besteht. Der Vertrag wird dann durch die Gründung erfüllt und geht durch Erfüllung unter. Das ist der normale Fall. Der GV. der N.O.K. soll aber offenbar auch nach erfolgter Gründung der A.-G. — wenigstens teilweise — noch gelten. Das geht deutlich aus dem Inhalt einzelner Bestimmungen [45]) und aus einem ausdrücklichen Hinweis in Art. 2 der Statuten hervor, wonach der Betrieb der Kraftwerke „auf Grund der bestehenden Konzessionen und *Verträge*“ [46]) erfolgen soll. Art. 5 Abs. 2 der Statuten bestätigt diese Ansicht [47]).

Der sogenannte Gründungsvertrag enthält also nicht bloß die formellen Erfordernisse (Zweck und Sitz des Unternehmens, Organisation des Unternehmens, Verfahren bei Anständen) und die üblichen Bestimmungen über das

[45]) § 4 Abs. 2 GV. statuiert die Pflicht der beteiligten Kt., die gesamte el. Energie für ihre staatl. Kraftversorgungen von den N.O.K. zu beziehen. § 5 Abs. 1 räumt bei Projektion von Anlagen mit 10 000 PS und mehr, jedoch unter Vorbehalt der kt. Gesetzgebung, den N.O.K. ein Vorzugsrecht vor priv. Konzessionsbewerbern ein. § 6 Abs. 3 normiert eine Aktienkapitalerhöhung für den Fall, daß das Baukapital für das Kraftwerk Eglisau nicht durch Ausgabe von Obligationen seitens der N.O.K. beschafft werden könnte. Endlich wird in § 7 bestimmt, daß, wenn die Entwicklung des Energieabsatzes die Errichtung eines dritten Niederdruckwerkes erforderlich machen sollte, unter mehreren gleich wirtschaftl. Bauprojekten dasjenige auszuführen sei, das im Gebiet des Kts. Aargau liegt.

[46]) Gemeint sind der Uebernahmevertrag mit der «Motor» A.-G. (inkl. den 10 Annexverträgen) und der GV.

[47]) Art. 5 Abs. 2 der Statuten verweist bezügl. der Verteilungsgrundsätze bei neu zu emittierenden Aktien ausdrücklich auf § 2 des GV.

aufzubringende Grundkapital und über das Beteiligungsverhältnis, — die mit der Entstehung der A.-G. untergehen, — sondern daneben noch Elemente eines selbständigen, unbedingten Vertrages, die unabhängig von der Gründung weiterhin Geltung behalten. Der Untergang der ersteren ist aber nur ein scheinbarer; die Bestimmungen leben in den Statuten weiter [48]). Die letzteren können gar nicht in die Statuten aufgenommen werden, weil sie nicht wie jene die Organisation, also das Verhältnis der Vertragsschließenden *im* Verbande betreffen, sondern dasjenige der Vertragsschließenden *zum* Verbande [49]).

Durch diese Unterscheidung haben wir ein gutes Kriterium gewonnen, um festzustellen, welche Bestimmungen des GV. auch nach der Gründung noch gelten wollen und welche durch Erfüllung als untergegangen zu betrachten sind.

Jene Normen, die Gegenstand eines selbständigen Vertrages sein können, und die noch nach der Gründung gelten wollen, nehmen eine Sonderstellung ein. Ihr Verhältnis zu den Statuten soll im nächsten Kapitel (§ 6. II.) behandelt werden. Hier wollen wir uns mit der Feststellung dieser Zweifärbigkeit begnügen.

Der GV. enthält aber noch eine weitere Eigentümlichkeit:

b) Bezüglich der Kontrahenten.

Gewöhnlich hat ein GV. den Charakter eines Gesellschaftsvertrages. Die Gründer bilden eine einfache Gesellschaft nach den Regeln des Privatrechts, d. h. sie schließen sich unter einem gemeinsamen Rechtstitel zusammen, um im Hinblick auf die zu gründende A.-G. für alle zugleich verbindliche Rechtsgeschäfte tätigen zu können. Und zwar hat es die Meinung, daß die entstandenen Rechte und Pflichten von der späteren Juristischen Person tale quale übernommen werden sollten. Die spätere Form gemeinsamen Handelns durch die Organe der konstituierten A.-G. entspringt ebenfalls dem Privatrecht. Einfache Gesellschaft und A.-G. sind Formen ein und derselben Rechtssphäre. Sie stehen in dieser Beziehung im Verhältnis der Koordination und lösen einander zeitlich ab.

Wie verhält es sich damit beim Gründungsvertrag der N.O.K.? Abgesehen von der oben erwähnten Eigentümlichkeit, daß nicht alle Bestimmungen eo ipso mit der Entstehung der A.-G. dahinfallen, fällt auf, daß die Mitglieder der „einfachen Gesellschaft" nicht gewöhnliche Privatrechtssubjekte sind, sondern Kantone, einzelne Staaten, also öffentlich-rechtliche Gebilde. Aus der vertraglichen Staatenvereinigung soll eine Juristische Person in privatem Gewand hervorgehen, die wie eine privatrechtliche Jur. Person Trägerin subjektiver Rechte und Pflichten sein kann und wie diese gegenüber Dritten handelt und haftet. Es scheint sich mit der Würde und Selbstherrlichkeit der Staaten schlecht zu vertragen, wenn sie sich in die privatrechtliche Form einer A.-G. bequemen, um, ihrer hoheitlichen Gewalt entblößt, als Private unter Privaten aufzutreten.

Oder sind unsere Voraussetzungen nicht zutreffend? Nach zwei Richtungen wäre eine Berichtigung denkbar: entweder die Kantone behalten auch als Mitglieder der A.-G. ihren staatlichen Charakter mit allen Konsequenzen bei in der Annahme, daß die privatrechtliche Form bloß aus Zweckmäßigkeit, etwa weil

[48]) Das ist auch der Sinn von § 9 GV., der besagt, daß die Bestimmungen dieses Vertrages für die Gesellschaftsstat. rechtsverbindlich sein sollen.

[49]) Als Beispiel der ersten Gruppe dient § 3 GV. (Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Aktien), der in den Stat. wortgetreu als Art. 4 erscheint. Elemente eines selbständigen Vertr. könnten die §§ 5 und 7 sein. (Vergl. Anm. 45 vorstehend.)

die aktiengesellschaftliche Organisation den Geschäftsbetrieb erleichterte, gewählt worden wäre; oder aber der GV. hat schon von Anfang an nicht ein Gebiet berührt, auf dem die Kantone als staatliche Hoheitsträger, also öffentlich-rechtlich aufgetreten sind, sondern jene privatrechtliche Sphäre, die auch zum staatlichen Tätigkeitsgebiet gehört, und die man mit dem Begriff des Fiskus umschreibt. Im ersten Fall müßten wir die N.O.K. als öffentlich-rechtliche, im zweiten als privatrechtliche Unternehmung bezeichnen. Vielleicht ist aber eine klare Scheidung überhaupt nicht möglich.

Unser Ziel ist es, im folgenden Abschnitt und auch im folgenden Kapitel diese Fragen im richtigen Zusammenhang (wie wir hoffen) zu stellen.

III. Die rechtliche Ordnung des GV.

Im allgemeinen Teil dieses Kapitels wurde auf den Widerspruch hingewiesen, daß ein Gegenstand, der im öffentlichen Interesse liegt, also objektiv notwendig geregelt werden sollte, in einer Form normiert wird, die per definitionem dazu geschaffen ist, staatlich gesehen Zufälliges und Willkürliches verbindlich zu machen. Jeder staatlichen Aufgabe, die durch Vertrag gelöst wird (und aus technischen Gründen so gelöst werden muß), haftet dieser Widerspruch an. Allerdings ist zu sagen, daß interkt. od. internationale Vereinbarungen nicht unbedingt eine staatliche Aufgabe, ein öffentliches Interesse zum Gegenstand haben müssen. Häufig werden lediglich fiskalische Interessen gemeinsam geregelt. In diesem Fall liegt ein Widerspruch zwischen Form und Inhalt nicht vor, da ja die fiskalische Sphäre unter den Regeln des Privatrechts steht.

Die Frage der Uebereinstimmung von Form und Inhalt fällt also zusammen mit der Frage, ob durch den GV. ein Gebiet betroffen wird, das dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört, m. a. W., ob der Betrieb der Kraftwerke eine Staatsaufgabe ist oder lediglich dem fiskalischen Interesse dient.

Die Wissenschaft hat sich schon intensiv mit der Frage nach dem Kriterium von öffentlichem und privatem Recht beschäftigt. Es erübrigt sich, hier ausführlich auf die verschiedenen Theorien einzutreten [50]). Diese sind nach folgenden drei Gesichtspunkten orientiert: nach dem Wert des zu schützenden Interesses, nach der rechtlichen Natur der beteiligten Personen und nach der rechtlichen Natur der Norm selbst. Obwohl alle diese Kriterien mit dem Begriff des öffentlichen Rechts zusammenhängen, ergeben die Theorien, die auf einem von diesen basierend, den Begriff des öffentlichen Rechts allgemeingültig definieren wollen, keine brauchbaren Resultate; sie sind entweder unfruchtbar, weil bloß terminologisch, oder falsch, weil naturrechtlich. Wir müssen uns überhaupt hüten, einem Begriff allzugroßen praktischen Wert beizumessen. Wir wollen nicht den vielbegangenen Fehler begehen, aus einem Begriff abzuleiten, wie er Anwendung finden soll; etwa so, daß wir aus dem Begriff des öffentlichen Rechts folgern wollten, welche Rechtsverhältnisse öffentliche seien, wo das im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist, oder welche als öffentlich-rechtliche zu gestalten seien. Wenn ein Tatbestand im öffentlichen Interesse ist, so daß ihn der Staat der privaten Willkür entziehen möchte, so muß er allerdings zwingend, d. h. öffentlich-rechtlich geordnet werden, aber *wann* ein solcher Tatbestand vorliege, folgt nicht aus dem Begriff des öffentlichen Rechts, sowenig aus dem Begriff der Strafe folgt,

[50]) Für eine klare Zusammenfassung ihrer Grundzüge sei auf «Organisation» S. 20 ff. verwiesen. Es finden sich da neben einer kurzen Charakterstatistik eine ebenso treffende als überzeugende Beurteilung.

welche Tatbestände unter Strafe gestellt werden müssen, sondern aus einer sachlichen Abwägung, einer ethischen Wertung durch den Gesetzgeber.

Auf Grund dieser Einsicht muß sich die Untersuchung darüber, ob unser Gründungsvertrag dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehöre, darauf beschränken, nachzuweisen, daß die Kt. ihn ausdrücklich als öffentlich-rechtliche Vereinbarung geschaffen haben, oder, wenn dieser Beweis mißlingt, die sachlichen Gründe aufzuzeigen, die für ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis sprechen.

Durchgehen wir den Gründungsvertrag, so finden wir keine einzige Bestimmung, die ausdrücklich oder implizite auf die öffentlich-rechtliche Natur hinweisen würde [51]). Weder § 1 des Vertrages, wo der Zweck [52]) der Vereinbarung normiert ist, noch § 10, der über das zuständige Gericht bei Streitigkeiten Auskunft gibt, ergeben dafür Anhaltspunkte.

Da positiv nichts bestimmt worden ist, bleibt uns nichts anderes übrig, als an Hand von Gründen die rechtliche Natur zu eruieren. Wir begnügen uns, grosso modo die beiden Kontroversen anzuführen, die bei der Beurteilung des GV. bestimmend in Betracht fallen.

1. Für die Kantone mag das fiskalische Interesse für die Uebernahme der elektrischen Unternehmungen von großer Bedeutung gewesen sein. Sie versprachen sich durch den Betrieb eine beträchtliche Zunahme ihrer Einnahmen. Die Hoffnungen waren auch berechtigt, hatten sie es doch in der Hand, durch die Bestimmung des Preises und andere betriebswirtschaftliche Handhaben auf eine schöne Rendite hinzuzielen. Zudem waren die Zeiten ihrem Unternehmen günstig: die zunehmende Elektrifizierung in Gewerbe, Industrie und Haushalt steigert den Energiebedarf von Jahr zu Jahr. Und schließlich konnte ihnen dank ihres tatsächlichen Monopols ernsthaft keine Konkurrenz erwachsen. Also für den Fiskus eine besonders günstige Gelegenheit.

Stellen wir uns ganz einseitig auf diesen fiskalischen Standpunkt, so braucht kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vorzuliegen. Die Kantone haben sich einfach zusammengeschlossen, um sich durch dieses Unternehmen gemeinsam die Mittel (nämlich Geld) für ihre andern staatlichen Aufgaben zu verschaffen. Der Betrieb der Werke ist nur Mittel zum Zweck; sie hätten geradesogut ein anderes gewinnbringendes Gewerbe betreiben können. Solche Verträge, die nicht über gemeinsame Staatszwecke, sondern nur über die gemeinsame Beschaffung von Mitteln zu solchen Zwecken, geschlossen werden, unterstehen ganz dem Privatrecht. Sie sind deshalb auch keine Verkommnisse im Sinne von Art. 7 BV.[53]).

Das fiskalische Moment hat beim Abschluß des Vertrages gewiß eine große Rolle gespielt, aber sicher nicht die einzige und ausschlaggebende.

2. Ein anderer, wichtiger Gesichtspunkt war mitbestimmend: die Sicherstellung der Versorgung mit elektrischer Energie für die betreffenden Kantonsgebiete. Die Kantone konnten der zunehmenden Entwicklung der Ausbeutung der Wasserkräfte nicht gleichgültig gegenüberstehen. Die wachsende Bedeutung,

[51]) Wir stellen uns vor, daß eine direkte Bezugnahme der Zweckbestimmung in § 1 hätte vorangestellt werden können, etwa in folgendem Wortlaut: «Die kontrahierenden Kt. halten es im öffentlichen Interesse geboten, zur Sicherstellung ihrer Kraftversorgung und zum Zwecke der rationellen Nutzung ihrer Wasserkräfte, die Kraftwerke Beznau-Löntsch . . .»

[52]) Von einer Zweckangabe kann man fast nicht sprechen; vielmehr beschränkt sich § 1 auf die Erwähnung der Tatsache des Erwerbes und der fast selbstverständlichen Modalitäten des Betriebes der Unternehmung in Form einer A.-G.

[53]) Burckh. Komm. S. 75.

die diese Energieform in Haushalt [54]) und Industrie gewann, mahnte den Staat zum Aufsehen. Eine Kraft, die aus öffentlichen Gewässern gewonnen wurde und die allmählich in den Rang der lebensnotwendigen Güter aufstieg, konnte auf die Dauer nicht der privaten Spekulation anheimgestellt bleiben. Wohl hatten es die Kantone in der Hand, durch Verweigerung oder Erteilung von Konzessionen und durch geeignete Bedingungen und Auflagen das private Geschäftsinteresse den staatlichen Interessen unterzuordnen. Allein bei diesem Konzessionierungssystem ist der Staat stets auf private Initiative und privaten Unternehmergeist angewiesen. Er kann wohl bestimmen, *wie* gebaut werden soll, nicht aber, *daß* gebaut werde; letzteres hängt allein von der zufälligen Baulust und Kapitalkraft Privater ab [55]).

Freilich haben schon früh einzelne Gemeinden die Elektrizitätsversorgung an die Hand genommen. Aber nur die großen sind im Stande, ohne Verluste eigene El.-Werke zu bauen und zu betreiben und zu annehmbaren Preisen Strom zu liefern. Außerdem setzt der kommunale Betrieb voraus, daß der Gemeinde in nützlicher Nähe ein nutzbares Gewässer zur Verfügung stehe. Auf alle Fälle vermag eine engherzige, partikularistische Ausbeutung dem steigenden Bedürfnis an Elektrizität nicht gerecht zu werden [56]). Das führt uns zum zweiten Nachteil des Konzessionierungssystems: Weil ein einzelner (Privater oder Gemeinde) bestimmt, ob gebaut werden soll, ist für eine einheitliche, planmäßige Gewinnung, die allein den mannigfaltigen Bedürfnissen Rechnung tragen könnte, keine Gewähr geboten [57]).

Allen diesen Unzulänglichkeiten würde durch den staatlichen Betrieb ein Ende gesetzt. Die Identität von Staat und Unternehmer gestattet auch während des Betriebes eine fortwährende Anpassung an die staatlichen Interessen. Ebenso wird dadurch eine planmäßige Gewinnung garantiert, die bei der begrenzten Zahl nutzbarer Gewässer doppelt wertvoll ist. Zudem kann der Staat durch eine gerechte Verteilung und durch Festsetzung eines angemessenen, billigen Preises die Interessen der Strombezüger wahren. Auch wäre die Elektrizitätsversorgung nach menschlichem Ermessen für alle Zukunft sichergestellt.

Damit haben wir in großen Zügen die Gründe angeführt, die auf ein öffentlich-rechtliches Verhältnis hindeuten; denn, weil die Elektrizität ein lebenswichtiges Gut darstellt, gehören Produktion und Verteilung zu den staatlichen Aufgaben [58]), und weil der Gründungsvertrag in diesem Sinne die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe normiert, gehört er in das Gebiet des öffentlichen Rechts.

---

[54]) Vergl. Anderl K., Die Elektrizität im Haushalt. Diss. Freiburg 1932.

[55]) Wir verkennen keineswegs die große Bedeutung, die die private Initiative, namentlich in den Anfängen der El.-Wirtschaft hatte und vielerorts heute noch hat. Vergl. Hotz Frédéric, Die Bedeutung der Privatinitiative für den Ausbau der schweizerischen Wasserkräfte.

[56]) M. Leo Keller, Die Notwendigkeit und volkswirtschaftl. Bedeutung einer einheitlichen Planwirtschaft für die schw. El.-Versorgung.

[57]) Einzelne Schriftsteller empfinden die Notwendigkeit einer einheitl. Planwirtschaft so stark, daß sie eine Zusammenfassung aller Kräfte für das ganze Gebiet der Schweiz postulieren, m. a. W. einem Monopol des Bundes das Wort reden. Vergl. die cit. Diss. von M. L. Keller.

[58]) Zwar wird man nicht für jedes lebenswichtige Gut schlechthin das Staatsmonopol postulieren können, sonst müßte man ja auch die Lebensmittelindustrie oder die Seifenfabrikation, weil im öffentlichen Interesse liegend, verstaatlichen, sondern nur dann, wenn die Belassung in priv. Händen die Interessen der übrigen Rechtsgenossen gefährden könnte. sei es, daß wegen der beschränkten Möglichkeit der Gewinnung ein priv. «Monopol» entstehen könnte (z. B. Salzgewinnung), sei es, daß die Gefährlichkeit des Stoffes selbst eine qualifizierte Behandlung erheischt (z. B. Pulver, Alkohol). — Bei der El. treffen beide Momente zusammen.

Wie wir vorstehend unter 1. gesehen haben, dient nun der GV. neben diesen öffentlich-rechtlichen Interessen auch fiskalischen (privatrechtlichen). Durch die Uebernahme der Kraftwerke gewinnen die Kantone eben ein Doppeltes: auf der einen Seite eine beträchtliche Vermehrung ihrer Staatseinnahmen in Form der Gewinnbeteiligung als Aktionäre und auf der andern Seite die Sicherstellung und Regelung der Versorgung des Landes mit Kraft.

Um uns volle Klarheit über die Rechtsnatur des GV zu verschaffen, müssen wir das Verhältnis dieser beiden zum Teil entgegengesetzten Interessen [59]) noch kurz beleuchten.

Das fiskalische Interesse geht, wie schon gesagt, auf die Beschaffung von Mitteln zur Erfüllung von staatlichen Aufgaben, während das andere, nicht fiskalische, auf Erfüllung einer dieser Aufgaben selbst gerichtet ist, m. a. W. einen Staatszweck verfolgt. Die beiden Interessen stehen also im gleichen Verhältnis, wie Mittel und Zweck zueinander stehen, und außerdem, da die Mittel (Staatsfinanzen) zu jedem beliebigen Zweck verwendet werden können, während die zu erfüllende Staatsaufgabe zuerst individualisiert sein muß, in einem zweiten Verhältnis von generell und speziell. Aus dem ersteren folgt, da das Mittel ja erst im Hinblick auf den zu erfüllenden Zweck Sinn hat, also nur sekundär einen staatlichen Wert besitzt, daß der Zweck dem Mittel vorgeht, d. h. für unsern Fall, daß das fiskalische Interesse hinter dem öffentlichen Interesse (hinter der staatlichen Aufgabe) an der Sicherstellung der Kraftversorgung zurücktreten muß. Selbst wenn die Aussicht auf Gewinn für die Kt. ausschlaggebend gewesen wäre, würde sich m. E. der Charakter des GV. nach dem wertvolleren, qualitativ höherstehenden Interesse richten [60]). Ebenso geht aus dem zweiten Gegensatz von speziell und generell hervor, daß das besondere Interesse, weil dessen Inhalt ein unmittelbarer, konkretisierter, aktueller ist, gegenüber dem allgemeinen, mehr abstrakten, virtuellen, den Vorzug verdient.

Auf Grund dieser Ueberlegungen kommen wir zum Schluß, daß *der GV.*, trotz seines fiskalischen Einschlages, *öffentlich-rechtlicher Natur ist*, oder vielmehr, als öffentlich-rechtlicher behandelt werden muß.

---

[59]) Vom rein fiskalischen Standpunkt aus betrachtet, sollte der Strom zu einem möglichst hohen Preis abgegeben werden; dagegen ist dem Interesse der Bezüger mit einem möglichst niedrigen am besten gedient.

[60]) Wie denn auch bei vielen staatlichen Unternehmungen ihre öffentl. rechtl. Natur nicht in Zweifel gezogen wird, obwohl das fiskalische Interesse ein sehr lebhaftes ist, z. B. bei der Post-, Telegraphen- oder Alkoholverwaltung u. in den Gemeinden bei den kommunalen El.-, Gas- u. Wasserwerken.

2. Kapitel.

Die Statuten der Aktiengesellschaft

§ 5. Die interkantonale Körperschaft im allgemeinen.

1. Die Stellung einer interkt. Korporation zum Konkordatsrecht.

Sind korporative Zusammenfassungen unter den Kt. mit der BV. vereinbar? Diese Frage mag auf den ersten Blick überraschen. Jedoch ist zu bedenken, daß BV. Art. 7 Abs. 2 von Verkommnissen redet und darunter obligatorische Rechtsverhältnisse versteht, ähnlich wie sie auch im völkerrechtlichen Verkehr üblich sind und wie sie im Privatrecht den Verträgen entsprechen. Daß aber eine Vereinigung, wie die Korporation, mit eigener Rechtspersönlichkeit, die sich als eine von den Mitgliedern verschiedene, neue begreift, darunter verstanden werden kann, ist m. E. keine Selbstverständlichkeit. Um diese interessante Frage, die meines Wissens in der einschlägigen Literatur nirgends gebührend beachtet wurde, beantworten zu können, muß zuerst festgestellt werden, wodurch sich ein korporativer Verband von einer Vereinigung durch ein Verkommnis unterscheidet. Der Unterschied zwischen Verband und Verkommnis wiederum ist aber nur ersichtlich, wenn das Wesen des Verbandes selbst klar ist. Es gilt also vorerst einige Wesensmerkmale der Körperschaft aufzuzeigen.

a) Das Wesen der Körperschaft.

Das Wesen einer rechtlichen Institution aufzuzeigen, kann nichts anderes heißen, als diese Institution in ihre begrifflichen Bestandteile zu zerlegen. Diese Zerlegung kann aber niemals Selbstzweck sein in dem Sinne, daß sie unabhängig vom Zweck der Untersuchung vorgenommen werden könnte. Diese Ueberlegung führt uns dazu, nicht den ganzen Fragenkomplex aufzurollen, der eine allseitige Betrachtung der Körperschaft notwendigerweise erfordern würde.

Bekanntlich hat die Körperschaft zwei Seiten: eine innere und eine äußere. Die erste betrifft das interne Verhältnis zwischen den Organen und den Mitgliedern des Verbandes, die zweite die Beziehungen der Organe zu Dritten, das Verhältnis zu den Nichtmitgliedern. Der erste Gesichtspunkt begreift die Korporation als Einrichtung, der zweite als Rechtspersönlichkeit, als Rechtssubjekt im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Der Zweck unserer Untersuchung entscheidet über die Wahl des Gesichtspunktes. Da es sich bei der Frage, die wir oben gestellt haben, nämlich ob eine korporative Zusammenfassung von Kt. mit dem Recht der Kt., Verkommnisse abzuschließen (Art. 7 BV.) vereinbar sei, lediglich um das formale Verhältnis zwischen Korporation und Verkommnis als Einrichtungen, resp. um die verschiedenartige Struktur der Körperschaft einerseits und der von der Verfassung vorgesehenen verkommnismäßigen Vereinigung mehrere Kt. anderseits handelt, können wir mit Fug auf das externe Verhältnis verzichten.

Der Hauptunterschied, der zwischen der Korporation und einem einfachen Vertragsverhältnis besteht, liegt in der Organisation. Sie macht die Summe der Einzelmitglieder zum Verband. Jede Organisation ist ihrem Wesen nach eine Ordnung zur Betätigung eines gemeinsamen Zweckes. Das ist ihr Sinn und ihre

Aufgabe. Durch die Organisation werden gewisse physische Personen mit Befugnissen ausgestattet, private verbindliche Handlungen gemäß dem in den Statuten festgesetzten Zwecke vorzunehmen. Die so legitimierten Personen nennt man Organe. Die Organe sind in ihren Handlungen nicht unbeschränkt: sie sind nur soweit ermächtigt, für die Körperschaft verbindlich zu handeln, als ihre Kompetenz reicht, d. h. soweit, als es der Zweck erfordert, oder, wenn mehrere Organe vorhanden sind, soweit, als die Statuten ihnen bestimmte Befugnisse zuerkennen. Auf der andern Seite sind sie *ausschließlich* ermächtigt, für den Verband tätig zu werden. Die Mitglieder haben sich jeglicher Handlungen begeben, die zur Erreichung des vorgesteckten Zieles nötig sind. Die Legitimation der Organe beruht also auf einer vollmachtähnlichen Vertretungsbefugnis, die den Organen von den einzelnen Gliedern zu ausschließlichem Gebrauch eingeräumt wurde. Weil sie für die Gesamtheit handeln und die Einzelnen von der Geltendmachung derselben Ansprüche und der Verantwortung derselben Pflichten ausschließen, ist das Handeln der zuständigen Organe der Form nach ein organmäßiges. Dem Inhalt nach aber ist es ein amtsmäßiges Handeln, weil es nicht nach dem persönlichen Gutdünken der Organsperson, nach ihrer subjektiven Willkür geübt werden soll, sondern nach dem Willen und dem Sinn der einmal für die Gemeinschaft geltenden statutarischen Zweckbestimmung [61]).

An Hand dieser internen Grundzüge können wir die Organisation als eine zweckdienliche Form charakterisieren. Die Form ist eben nur Mittel zum Zweck. Daß ihre Funktion im öffentlichen wie im privaten Recht eine ähnliche ist, läßt sich deshalb leicht einsehen. Nur der Zweck ist ein anderer, das Mittel ist gleich [62]). Im privaten Recht haben sich mehrere Privatpersonen zusammengetan, um einen im Verhältnis zu staatlichen Belangen zufälligen und willkürlichen Zweck zu erreichen, der nur nicht verboten sein darf, sich also in der Sphäre hält, die der Staat der freien Entschließung von Privaten offen gelassen hat. Im öffentlichen Recht ist der Zweck ein notwendiger, gegebener, den die Behörden nicht nach subjektivem Gutdünken wählen können, sondern der erstrebt werden muß, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Gerade dazu sind ja die Behörden da: das objektiv Notwendige wahrzunehmen und zu verwirklichen.

Im folgenden soll nun der Begriff des Verbandes dem Begriff des Verkommnisses gegenüber gestellt werden. Wir sind uns indessen bewußt, daß bei der einseitigen Betrachtung der internen Verhältnisse das Wesen des Verbandes nicht restlos dargetan ist. Es mag aber für unsere Untersuchung genügen, umsomehr, als auch die Wissenschaft eine zwar bloß begriffliche Trennung der Vertretung nach außen von der Vertretung nach innen anerkennt [63]).

b) Körperschaft und Verkommnis.

An Hand der soeben aufgezeigten Begriffsmerkmale soll hier Korporation und Verkommnis miteinander verglichen werden.

1. Wir beginnen mit dem, jedem Verbandsverhältnis inhärenten Moment der Vertretungsbefugnis.

[61]) Dazu die Ausführungen in Organisation S. 323.

[62]) Daß hier der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht zum Ausdruck kommt, besagt keineswegs, daß er beim Institut der Korporation nicht vorhanden wäre. Nur die formelle Betrachtung des Gegenstandes läßt hier diese Kontroverse unberührt. — Wir werden nachstehend noch eingehend auf diesen Punkt zu sprechen kommen.

[63]) Organisation S. 322 und 327.

Die Organe stützen ihre Legitimation auf eine Ermächtigung durch die Kt. Ist diese Ermächtigung einmal erteilt, so handeln in der Sache nicht mehr die einzelnen Kt., sondern die Gesamtheit. Zwar werden die Statuten von den Kt. vereinbart, aber die Ausführungshandlungen fallen nicht mehr in ihre Kompetenz. Ganz anders beim Konkordat. Hier bleiben die Kt. selbst tätig. Sie sind es, die die nach Abschluß eines Verkommnisses nötigen Handlungen tätigen — wenn auch durch dazu bestellte Vertreter —, kurz die Kt. haben unmittelbaren Einfluß auf Gegenstand, Art und Gestalt ihrer Vereinbarung. Dadurch ist eine grundsätzliche Uebereinstimmung der Regelung einer Angelegenheit mit den öffentlichen Interessen für jeden Fall gewährleistet.

Die Befugnis der Organe umfaßt jede Tätigkeit, die der vorgeschriebene Zweck erfordert. Die Korporation ist eine Verständigung nicht für einen konkreten Fall, sondern für einen ganzen Komplex von Fällen. Die Organe sind nicht dazu da, genau umschriebene Handlungen vorzunehmen, sondern einen Zweck zu realisieren; die Handlungen könnten, auch im Hinblick auf einen bestimmten Zweck, nicht ein für allemal genau festgelegt werden, weil im Laufe der Zeit die Verhältnisse sich ändern und diese Veränderungen auch auf die Tätigkeit der Organe, die im Dienste eines gleichbleibenden Zweckes stehen, zurückwirken [64]). Also zu den mannigfachsten Tätigkeiten sind die Organe ermächtigt und in den mannigfachsten Fällen. Das Gemeinsame ihrer Handlungen liegt nur darin, daß diese Handlungen geeignet sind, einen bestimmten Zweck zu erfüllen. Das Verkommnis dagegen stellt eine Regelung für einen konkreten Fall dar. Der Tatbestand liegt genau umschrieben vor aller Augen. Die Kt. sind im Stande, sich über jedes Tatbestandsmerkmal genau Rechenschaft zu geben. Die Uebereinstimmung mit den öffentlichen Interessen ist nicht generell, durch eine feste Zwecksetzung vorweggenommen, sondern kann an den konkreten Verhältnissen speziell geprüft werden. Diese Ueberprüfung im Einzelfall, dieses Abwägen an Hand konkreter Data ist aber gerade das Wesentliche an der Tätigkeit rechtsetzender Behörden. Dieses Messen an der Idee der Gerechtigkeit, worin die staatliche Tätigkeit in ihrem wertvollsten Teil besteht [65]), ist für die Organe des Verbandes zu einer Zweckmäßigkeitsfrage geworden, die keinerlei ethische Wertung mehr heischt. Für alle diejenigen Fälle nun, die in die Kompetenzsphäre der Verbandsorgane gehören, haben sich die Kt. durch die einmalige Zwecksetzung ihrer eigentlichen Staatsaufgabe begeben; die Organe nehmen jetzt die Interssen wahr, aber eben nicht nach dem ethischen Gesichtspunkt, sondern nach dem teleologischen der Zweckmäßigkeit.

2. Als zweites Wesensmerkmal der Korporation wurde oben das organmäßige Handeln der zuständigen Organe hervorgehoben.

Die Organe handeln für die Gesamtheit und schließen die Einzelnen von der Geltendmachung derselben Ansprüche aus. Das Handeln für die Gesamtheit hat aber notwendigerweise zur Folge, daß der Zweck, der als einheitlicher in den Statuten vorangestellt wurde, für alle Kt. gleich betätigt und erstrebt wird. Man wird hier einwenden, daß diese einheitliche, gemeinsame und gleichmäßige Handhabung des Verbandszweckes ja gerade beabsichtigt sei. Zugegeben, aber

[64]) Von dem seltenen Fall, wo der Zweck selbst geändert wird infolge veränderter Verhältnisse, ist hier nicht die Rede, sondern lediglich von dem weniger weittragenden, wo die Mittel, die zur Erreichung des gesteckten Zieles dienen, durch veränderte Verhältnisse untauglich werden oder neue Wege sich auftun.

[65]) Neben der Rechtsanwendung und der Vollstreckung. Organis. S. 234 f.

für uns, die wir den Unterschied gegenüber dem Verkommnis aufzeigen wollen, gilt es auch, diese Selbstverständlichkeit als Besonderheit zu erwähnen.

Da sich die Einzelnen den Entscheiden der Organe zu fügen haben, ist es klar, daß sich die Kt. dem Gesamtinteresse unterordnen müssen. Für den bestimmten Sektor, den sie aus dem Kreis ihrer staatlichen Aufgaben herausgenommen haben und zum gemeinsamen Interesse erhoben haben, eben zum Verbandszweck, sind die einzelnen Kt. nicht mehr zuständig [66]). Infolge der vereinheitlichten Betätigung dieses Zweckes ist es sehr wohl denkbar, daß gewisse Handlungen der Organe, obwohl in vollständiger Uebereinstimmung mit dem Verbandszweck, sich in einem bestimmten Kt. als ungünstig, ja als ungerecht erweisen. M. a. W., die gemeinschaftliche Betätigung eines Zweckes garantiert keineswegs eine Ausführung, wie sie jeder einzelne, wenn es noch seine Aufgabe wäre, als im öffentlichen Interesse liegend sanktionieren würde. Beim Verkommnis ist eine solche Diskrepanz zwischen Einzelinteresse und Gemeinschaftsinteresse ausgeschlossen, weil ein Verkommnis, die Regelung für eine spezielle, konkrete Frage, nur dann und nur soweit zustande kommt, als eine Uebereinstimmung der Interessenlage bereits besteht.

Im weitern zeigen sich Besonderheiten, wenn ein Einzelner die Aenderung des Zweckes verlangen wollte. Es ist beispielsweise möglich, daß in einem Kt. im Laufe der Zeit Verhältnisse eintreten, die eine Aenderung des übereingekommenen Verbandsinteresses rechtfertigen würden. Durch eine veränderte Sachlage können nämlich neue Interessen entstehen, die vom kantonalen Standpunkt aus wahrgenommen werden müßten. Allein, da diese Interessen in die Sphäre eingreifen, die durch den Verbandszweck mit Beschlag belegt worden ist, müßte zuerst der Verbandszweck beschränkt oder modifiziert werden. Ein einzelner Kt. ist aber nicht im Stande, diese Beschränkung von sich aus vorzunehmen. Erst wenn alle oder mindestens eine qualifizierte Mehrheit der Mitgliederkt. interessiert sind, ist eine Modifikation des Geschäftsbereiches möglich [67]). Aber neben diesem Fall, wo ein Kt. in seiner souveränen Tätigkeit durch den unverrückbaren (wenigstens für einen einzelnen Kt. unverrückbaren) Verbandszweck gehemmt wird, ist auch das Umgekehrte denkbar, daß einem Kt. durch Mehrheitsbeschluß (der anderen) eine Statutenänderung aufoktroiert wird, die mit seinen eigenen staatlichen Interessen nicht übereinstimmt. Ein Ueberschneiden der beiden Interessensphären läßt sich umso weniger vermeiden, als die Staatsaufgaben nur als Ganzes, als eine Einheit begriffen werden können. Die Loslösung eines Teiles derselben, eben des gemeinsamen Verbandszweckes, dem ein gemeinschaftliches Interesse zu Grunde gelegt wurde, trägt immer die Gefahr der Kollision in sich.

3. Als dritte Besonderheit wurde das amtsmäßige Handeln der Organe erwähnt, das darin besteht, daß es nicht nach dem persönlichen Gutdünken der Organspersonen, nach ihrer subjektiven Willkür geübt werden soll, sondern nach dem Willen und dem Sinn der statutarischen Zweckbestimmung.

Was uns daran interessiert ist nicht so sehr die negative Seite, das Ausscheiden der subjektiven Willkür, als die positive, die Betätigung eines zum

[66]) Und nicht mehr verantwortlich: im Verband entscheidet über die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses nun das Organ.

[67]) Vergl. z. B. Art. 12 Abs. 2 der Statuten der N.O.K.: «Beschlüsse über ... Erweiterung oder Verengerung des Geschäftsbereiches ... können nur in einer Generalversammlung, in welcher mindestens zwei Drittel des Akt.-Kapitals vertreten sind, gefaßt werden; auch in diesen Fällen muß die zustimmende Mehrheit mindestens zwei Dritteile der gültig abgegebenen Stimmen umfassen».

voraus festgestellten Zweckes. Letzteres soll hier betont werden, eben daß das Handeln der Organe ganz unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit steht.

Da es die Kt. sind, die die Organe ihres Verbandes ermächtigt haben, ist selbstverständlich auch der Zweck, in dessen Dienst die Organe stehen, eine kt. Aufgabe. Die staatliche Aufgabe der Kt. hat durch diese „Transplantation" ein ganz anderes Gesicht bekommen. Der Staat, der sonst berufen ist, bei allen seinen Handlungen eine Uebereinstimmung mit der Idee der Gerechtigkeit anzustreben, verzichtet nun plötzlich auf seine hohe Aufgabe und ist nur noch darauf bedacht, auf dem Wege des geringsten Widerstandes sein Ziel zu erreichen. Er schreckt auch nicht davor zurück, auf der Suche nach dem tauglichen Mittel in den Wettstreit mit privaten Subjekten zu treten. Denn wie bei Privaten entscheidet nurmehr die Zweckmäßigkeit über die Wahl eines Mittels.

Aber der Zweck, wird man hier einwenden, sei doch das Produkt einer ethischen Wertung, und den zu verwirklichen, sei ebenso gut eine staatliche Aufgabe, wie die Verwirklichung jedes andern Postulates des richtigen Rechts.

Was hier aber unser Bedenken erregt, ist nicht die Wahl dieses Zweckes, — diese mag sehr wohl gerechtfertigt sein, — sondern die Wahl der Mittel, die Betätigung dieses Zweckes unter dem ethisch farblosen Gesichtswinkel der Zweckmäßigkeit. Die Zwecksetzung verlangt in ihrer formalen richtungsgebenden Funktion von den Organen ein Verhalten, das von einem der staatlichen Tätigkeit wesensfremden Opportunismus getragen ist. Um ein Postulat des öffentlichen Interesses zu realisieren, bedarf es der dauernden Uebereinstimmung mit dem objektiv Notwendigen. Diese Uebereinstimmung herzustellen, ist Aufgabe des Staates. Um sie zu erfüllen, muß jede einzelne Ausführungshandlung von neuem auf ihre Gemäßheit mit dem objektiv Notwendigen überprüft werden. Jede Handlung verlangt eine neue Wertung, die nur der Staat (scil. seine zuständigen Behörden) im Stande ist vorzunehmen. Auch kann durch Voranstellung eines Zweckes diese Wertung nicht für alle Einzelfälle vorweggenommen werden, weil ja die Uebereinstimmung im konkreten Fall erst geprüft werden kann, wenn der Fall selbst eingetreten ist. Daß also ein ganzer Komplex staatlicher Interessen dem unmittelbaren Tätigkeitsbereich der Kt. entzogen wird und im Verband von den Organen unter dem Zweckmäßigkeitsgesichtspunkt geübt wird, ist das Bedenkliche. Die Organe sind nicht mehr dem objektiven Recht, der Gerechtigkeitsidee direkt verantwortlich, sondern in der Wahl ihrer Mittel zur Erreichung des statutarischen Zweckes nur an die jeden Privaten in seiner absoluten Willkür einschränkenden Normen des positiven (Privat-) Rechts gebunden, im übrigen von rein teleologischen Rücksichten beherrscht.

c. Folgerungen aus dieser Unterscheidung.

Nachdem wir die Eigenart der korporativen Zusammenfassung im Gegensatz zu der Verbindung, wie sie das Verkommnis darstellt — vielleicht etwas eingehender, als es der Lösung unserer konkreten Frage dienlich ist — beleuchtet haben, wollen wir zu unserer anfänglichen Frage zurückkehren. Sie lautete: Ist eine korporative Zusammenfassung einzelner Kt. mit dem Sinn des Art. 7 BV. vereinbar?

Wenn wir in der Gegenüberstellung Verband — Verkommnis die Unterschiede etwas zu stark betont haben, so geschah das in der bewußten Absicht, ein Problem, das vielfach übersehen oder nur unklar gesehen wurde, hier mit

[68]) Burckh. Komm. S. 73.

aller Deutlichkeit aufzurollen. Die Betonung der Gegensätze erleichtert uns jetzt die Beantwortung der Frage wesentlich.

Art. 7 BV. verbietet Bündnisse und Verträge politischen Inhalts, d. h. Verträge, die das durch die Geschichte geschaffene gegenseitige Machtverhältnis zwischen den Kt. stören [68]). Es liegt auf der Hand, daß eine solche Störung auch durch nicht eigentliche politische Verträge verursacht werden könnte. Wenn beispielsweise ein Kt. durch ein Verkommnis in eine bedenkliche wirtschaftliche Abhängigkeit geriete, müßte das politische Gleichgewicht auch als gestört angesehen werden. In unserem Fall ist eine solche politische Gefährdung nicht anzunehmen. Wenngleich durch die organmäßige Betätigung eines gemeinschaftlichen Zweckes die wirtschaftliche Stellung der Verbandskt. gegenüber den Nichtmitgliederkt. als gehoben erscheint, vermag diese Ungleichheit in der Regel dennoch nicht die machtpolitischen Beziehungen dieser beiden Gruppen entscheidend zu beeinflussen. Ueber die Verfassungsmäßigkeit eines interkt. Verbandes kann jedoch nicht allgemeingültig entschieden werden, sondern nur für jeden konkreten Fall. Eine korporative Zusammenfassung unter Kt. ist zwar nirgends ausdrücklich erlaubt, aber auch nicht verboten. Vom positiv-rechtlichen Standpunkt ist deshalb gegen einen interkt. Verband grundsätzlich nichts einzuwenden.

Wie steht es aber vom rechtstheoretischen Standpunkt aus?

Wir wollen hier kurz noch einmal zusammenfassen, worin wir einen Einbruch in den folgerichtigen Aufbau, eine Inkonsequenz in der Verfolgung des öffentlich-rechtlichen Gedankens erblicken.

Ein Kt., der dazu berufen ist, staatliche Aufgaben zu erfüllen, begibt sich der Erfüllung eines Teiles dieser Aufgaben, wenn er die Wahrung eines seiner Interessen einer Korporation überträgt, deren Organe vom Kt. zu ausschließlichem Handeln ermächtigt sind. Er verstößt dadurch grundsätzlich aus folgenden zwei Gründen gegen die konsequente Handhabung seiner von der Rechtsordnung ihm zugedachten Aufgabe.

1. Jedesmal, wenn mehrere Kt. sich zu einem Verbande zusammenschließen, stellen sich die einzelnen Kt. unter das gemeinsame Verbandsinteresse. Da nun die Staatsaufgaben eines Kt. eine Einheit ausmachen, d. h. nur nach einem einheitlichen Plan richtig ausgeübt werden können, weil ja innerhalb einer staatlichen Gemeinschaft alle Interessen irgendwie zusammenhängen, und weil im Laufe der Zeit die öffentlichen Interessen in einem Kt. sich ändern, während das Verbandsinteresse sich gleichbleibt — auf alle Fälle im Interesse eines einzigen Kt. nicht geändert wird und nicht geändert werden kann — so trägt ein interkt. Verband stets die Gefahr der Interessenkollision in sich. In einem Kollisionsfalle geht aber das Verbandsinteresse vor, d. h. der Kt. ist nicht mehr ganz frei in seinem Tätigkeitsgebiet [69]), seine Behörden können nicht mehr unter allen Umständen in freier Wertung eine volle Uebereinstimmung mit der Idee der Gerechtigkeit erzielen.

2. Da der Verbandszweck eine *generelle* Regelung eines öffentlich-rechtlichen Interesses darstellt, und dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Aufgabe grundsätzlich nur mit wertenden Entscheidungen im (konkreten) Einzelfall entsprochen werden kann, so wird eine nach Zweckmäßigkeit geübte Erfüllung

[69]) Von der andern Beschränkung ihres Tätigkeitsbereiches, die sich daraus ergibt, daß die Kt. als Glieder in einem bundesstaatlichen Verhältnis stehen (Vergl. oben § 3 I.), wird hier abgesehen; jene aus dem Verbandsverhältnis hervorgehende muß als zu dieser hinzukommend gedacht werden.

einer staatlichen Aufgabe — d. h. auf eine Weise, die die nötigen Mittel unter dem Gesichtspunkt der von einem bestimmten Zweck geforderten Tauglichkeit auswählt und eben nicht unter dem für staatliche Belange einzig würdigen Gesichtspunkt der Richtigkeit, der Gemäßheit mit den Postulaten des objektiv Notwendigen — der öffentlich-rechtlichen Natur im Grunde nicht gerecht.

II. Das Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Aufgabe zur privatrechtlichen Form.

Es kommt heute häufig vor, daß der Staat, der eine Unternehmung betreibt, diese in eine privatrechtliche Form kleidet [70]). Man spricht dann gewöhnlich von einer „öffentlichen Unternehmung in privatrechtlicher Form". Dem Nationalökonomen ist diese Bezeichnung geläufig; er versteht darunter eine öffentliche Unternehmung mit privatwirtschaftlicher Organisation [71]). Den Juristen jedoch muß diese Terminologie aufhorchen lassen. Was will man damit eigentlich sagen?

Was vor allem auffällt, ist der Gegensatz von öffentlich und privat, und daß man diesen Gegensatz mit dem andern von Unternehmung und Form in Verbindung bringt. Wenn man von „öffentlicher Unternehmung in privatrechtlicher Form" spricht, erweckt das notwendig den Anschein, als ob die Form unabhängig vom Inhalt (Unternehmung) wäre. Die Form erscheint bei dieser Auffassung in der Funktion eines Gefäßes [72]), das, unbeschadet seines Wesens, in der Lage ist, verschiedene Inhalte zu fassen. Es wäre anders nicht denkbar, daß sich eine öffentliche Unternehmung in privatrechtlichen Formen betätigen könnte; denn mit dem Ausdruck „privatrechtliche Form" will man doch *die* Form bezeichnen, in der sich sonst nur die Privaten betätigen. Diese Form wird als die passende genommen — wie man ein leeres Gefäß nimmt [73]) — und mit der öffentlichen Unternehmung angefüllt. Wenn sich die Form zum Inhalt wirklich so verhält, wie der Krug zur Flüssigkeit, mit der er angefüllt ist, dann ist dagegen nichts einzuwenden, daß sich eine öffentliche Unternehmung einer beliebigen Gesellschaftsform bedient. Fraglich bleibt dann nur, was man unter *privatrechtlicher* Form versteht, wenn die Form doch neutral sein soll in Bezug auf die Rechtsnatur des jeweiligen Inhaltes.

Es scheint jedoch höchst zweifelhaft, daß man das Verhältnis zwischen Form und Inhalt mit dem Bild des Kleides oder des Gefäßes richtig charakterisiert. Der Wahrheit bedeutend näher steht m. E. die Auffassung, wonach die Form — im logischen Sinne — ein zum Inhalt gehörendes Element darstellt. M. a. W. jeder Inhalt erscheint in einer bestimmten Gestalt, die mit ihm unlösbar verbunden ist, und die zusammen mit dem Inhalt erst das Wesen eines Rechtsverhältnisses ausmacht.

Was wir meinen, wird sofort klar, wenn wir das Beispiel der Gesellschaftsform betrachten. Ist die Form, wie oben angenommen, als Gefäß aufzu-

[70]) Für El.-Werke wird in der Regel die Form der A.-G. gewählt: z. B. E.W. Wynau, St. Gallisch-Appenzellische K.W., N.O.K. u. a. m. — Als Beispiele in Genossenschaftsform sind die Amtsersparniskassen Fraubrunnen u. Burgdorf zu nennen.

[71]) Vergl. Gerber, Die ö. Untern. in pr. r. Form, insbes. S. 82 ff.

[72]) Deshalb wird in diesem Zusammenhang auch häufig von einem Rechtskleid gesprochen: z. B. Bührer, a.a.O.. S. 45, 59 u. 63 oder Gerber, a.a.O. S. 48 u. 76. — Das Bild ist, wie die meisten, anschaulicher als genau.

[73]) Oder, um mit dem andern Bild zu sprechen: man wählt im Kleidergeschäft (scil. OR.) das passende Kleid.

fassen, dann müßte es möglich sein, die Form vom Inhalt zu trennen, ohne daß eines von beiden sich verändern würde. Auf die öffentliche Unternehmung angewendet, bedeutet das, daß wir immer noch von einer öffentlichen Unternehmung sprechen könnten, nachdem wir alle gesellschaftlichen Normen wegdenken würden. Allein eine solche Trennung ist schlechterdings undenkbar: nicht nur würde dadurch die Unternehmung zur absoluten Untätigkeit verurteilt, es läge überhaupt keine Unternehmung — nämlich im juristischen Sinne, und der ist hier allein von Bedeutung — mehr vor, denn gerade das „Rechtskleid" macht ja die Unternehmung aus. Ebenso wäre unklar, wie ein Gebilde, das der Rechtsnormen beraubt ist, auf seine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur angesprochen werden könnte.

Man wird hier einwenden, daß zwar allerdings jede Unternehmung eines „Rechtskleides" bedürfe, oder vielmehr, daß dieses „Rechtskleid" automatisch mitgedacht werde, daß also zum Wesen jedes Inhaltes auch eine Form gehöre. Das sei aber auch gar nicht bestritten; was zu zeigen wäre, sei, daß jeder Inhalt seine spezifische Form haben müsse, oder umgekehrt, jede Form auf einen ganz bestimmten Inhalt hinweise. Daß also jeder Inhalt auch eine Form haben müsse, sei klar; daß aber jeder Inhalt nur eine, d. h. *seine* Form haben müsse, sei damit noch nicht bewiesen.

Wenn wir diese Frage stellen, so müssen wir uns klar sein, auf welchem Gebiet wir uns da befinden. Die Frage des Verhältnisses zwischen Form und Inhalt hat beispielsweise in der Naturwissenschaft, wo man von Sachen. also von körperlichen Gegenständen spricht, eine ganz andere Bedeutung. Die Form ist hier von der Materie unabhängig. Die verschiedenen Formen verändern den Inhalt nicht, sie stehen in keinem innern Zusammenhang mit ihm. Was sich ändert mit der Form ist also nicht die Substanz der Materie, sondern deren Verwendbarkeit, deren Funktion im Hinblick auf ein größeres Ganzes [74]).

In der Rechtswissenschaft hat die Form nicht dieselbe funktionelle Bedeutung. Im Recht ist die Form bestimmt durch das Wesen des Rechtes selbst. Sie ist dem Recht eigentümlich. Die logische Struktur. die das Recht kennzeichnet, ist seine Form [75]). Damit die Inhalte, die durch die Postulate der Gerechtigkeit gegeben sind, sich verwirklichen, müssen sie nach bestimmten Regeln der Logik geordnet, in bestimmter Methode angewendet und in einem bestimmten System festgelegt werden. Dieses Ordnen nach den festen Regeln der Logik — eben das „Formen" — ist nicht nur eine Bedingung der Rechtssätze, sondern geradezu eine ihrer wesentlichen Voraussetzungen. Die Form ist das logische Prius des Inhaltes [76]). Sie ist das Mittel, mit dessen Hilfe das Postulat erst zum Rechtssatz wird, unter dessen Mitwirkung Recht erst zu Recht wird. Die Form ist in diesem Sinne Mittel und Bestandteil zugleich.

Es genügt hier, festgestellt zu haben, daß die logische Form dem Recht wesentlich ist; weiter in die Struktur des Rechts einzudringen, würde den Rahmen vorliegender Arbeit sprengen.

Form im logischen Sinn und Inhalt gehören also notwendig zusammen. Sie müssen immer zusammen gedacht werden, wenn wir von Recht sprechen. Handelt es sich um öffentliches Recht, so muß sowohl der Inhalt als auch die

[74]) Die Teile einer Maschine sind beispielsweise vielleicht der Materie nach alle aus Eisen, also materiell nicht verschieden, der Form nach unterscheiden wir aber Räder, Kolben, Stangen usw.

[75]) «Form» wird hier in diesem (logischen) Sinne verwendet; das Wort bezeichnet aber auch einen andern Begriff: z. B. Form des Rechtsgeschäftes.

[76]) Vergl. die Ausführungen bei Burckhardt, Methode und System des Rechts, S. 109.

Form „öffentlich" sein, und umgekehrt sind im privaten Recht sowohl Inhalt als auch Form „privat". Denn dem öffentlichen Recht liegen andere Postulate zu Grunde als dem privaten. Das öffentliche Recht will das objektiv Notwendige verwirklichen und muß sich deshalb stets auf Grundsätze stützen, während das private Recht dem subjektiv Zufälligen dient und von der Willkür der Berechtigten beherrscht wird. Dieser grundsätzlichen Verschiedenheit der Inhalte entspricht notwendig eine verschiedene Struktur, eben die verschiedenen — weil spezifischen — Formen der beiden Rechtsgebiete.

Die Gesellschaftsformen des Obligationenrechtes sind beispielsweise ganz auf das Privatrecht zugeschnitten. Gerade die Juristische Person ist ihrem ganzen Wesen nach eine Schöpfung des Privatrechts. Die organmäßige Vertretung, die durch die zuständigen Organe bewerkstelligt wird, ist einzig zu dem Zweck geschaffen, daß durch die freiwillige Entschließung einzelner Privater, die nur generell an den in den Statuten festgesetzten Zweck gebunden sind — in dessen Rahmen sie allein zuständig sind und als Organe auftreten können — Rechtsgeschäfte getätigt werden, die alle zugleich berechtigen und verpflichten. Die von den Organen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind in Bezug auf die objektive Rechtsordnung ebenso zufällig, wie die der einzelnen Privaten. Die Organe sind nur in ihrer Willkür durch den vorangestellten Verbandszweck eingeschränkt. Aber dieser Verbandszweck selber ist, staatlich betrachtet, nicht gefordert, nicht notwendig [77]). Die Verbindlichkeit der Entschließungen der Organe hat ihren Grund, wie die der Privatpersonen, im Gesetz, das solchen Rechtsgeschäften ohne Rücksicht auf ihren gerechten oder ungerechten Inhalt (gemessen an der objektiven Idee der Gerechtigkeit) den Arm der staatlichen Gewalt leiht. Die Verbindlichkeit des objektiven Rechts jedoch ist nicht aus der zufälligen Entschließung der Organe (Volks„vertreter") zu erklären, sondern nur einzusehen aus der Eignung der so gebildeten Behörde zur Bildung objektiven Rechts [78]).

Da die Form, wie oben gezeigt wurde, in gewissem Sinne Mittel zum Zweck ist und sich deshalb nach dem Zweck richten muß, ihm adaequat sein muß, und weil der Zweck der Juristischen Person der ist, im Hinblick auf einen bestimmten Zweck durch Rechtsgeschäfte private (subjektive) Rechte und Pflichten zu begründen, ist es ein Widerspruch, wenn eine öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form betrieben wird [79]). Man kann Form und Inhalt begrifflich auseinander halten, aber in der folgerichtigen Anwendung einer Rechtsinstitution auf gegebene tatsächliche Verhältnisse gehören sie zusammen, wie Mittel und Zweck zusammengehören. Der Widerspruch macht sich freilich in der Praxis nicht immer und nicht immer gleich stark bemerkbar [80]), aber er ist da, gleichsam im Verborgenen schlummernd und wird oft erst in der Ratlosigkeit aktuell, mit welcher die verantwortlichen Stellen plötzlich auftauchenden Fragen gegenüber stehen.

[77]) Der Staat schützt allerdings solche Verbände, wenn sie erlaubt, also rechtmäßig sind, d. h. wenn sie ihren Zweck innerhalb jenes Gebietes wählen, das der Gesetzgeber der privaten Willkür überlassen wollte. Dadurch, daß der Staat ein Interesse schützt, macht er es aber noch lange nicht zu einem öffentlichen; m.aW. die zu schützenden Interessen sind nicht immer auch die zu postulierenden, obj. notwendigen. Denn es ist sehr gut denkbar, daß durch priv. Willkür ein Zustand geschaffen wurde, dessen Bestand den Staat unmittelbar nicht interessiert, dessen Veränderung oder Aufhebung aber sehr wohl den Staat zum Eingreifen veranlassen kann.

[78]) Vergl. dazu Organisation S. 142, 147 u. 316.

[79]) K. Oftinger, a.a.O. bezeichnet die Verfolgung öffentlich-rechtl. Ziele durch privatrechtl. Unternehmungen als eine contradictio in adjecto, aber in einem andern Zusammenhang.

[80]) Weil ja die Zweckmäßigkeit oft andere Wege weist als die Folgerichtigkeit.

Der Widerspruch ist die Folge einer Konzession des Staates an die Zweckmäßigkeit auf Kosten einer folgerichtigen Durchführung des öffentlich-rechtlichen Gedankens.

§ 6. Die Statuten der N.O.K. A.-G. im besonderen.

I. Allgemeines.

Die Statuten, das Grundgesetz der N.O.K. A.-G., stellen in gewisser Hinsicht die Realisierung des GV. dar, denn durch sie erhält die „Unternehmung im juristischen Sinn" Gestalt und Leben. Die Statuten bekommen damit eine selbständige Aufgabe im rechtlichen Aufbau der N.O.K.: ist der GV. der juristisch relevante Ausdruck des gemeinsamen Willens der beteiligten Kt., den Betrieb der Beznau-Löntschwerke zu übernehmen, zwecks Sicherstellung der Kraftversorgung und Garantie einer rationellen Ausbeutung der Wasserkräfte und Verteilung der Energie, so versehen die Statuten die Unternehmung mit einer Organisation, mit deren Hilfe durch Abschluß von Rechtsgeschäften der Verbandszweck erreicht werden kann.

Bezüglich dieser Ordnung sei nur nebenbei erwähnt, daß GV. und Statuten auch hätten zusammenfallen können, nämlich dann, wenn der GV. neben seinen eigentlichen, vertraglichen Bestimmungen noch zugleich die „organisatorischen" Normen enthalten würde. Diese einfachere Lösung — ohne besondere Statuten — wurde beispielsweise bei der Gründung der Schweiz. Nationalbank getroffen [81]). Als die N.O.K. gegründet wurde, hatte man nicht diesen Weg eingeschlagen und zwar vornehmlich aus zwei praktischen Gründen. Einmal wurde keine neue Unternehmung geschaffen, sondern es wurde eine bestehende übernommen. Die aktiengesellschaftliche Form war also schon da, bevor sich die Kt. der Sache annahmen. Da schien es das gegebene, diese Form, die sich bewährt hatte, beizubehalten. Ein zweiter Grund war mitbestimmend. Wie oben (§ 4 III.) schon gezeigt wurde, waren die Gründe, die zur Gründung der N.O.K. führten, hauptsächlich zweifacher Art. Die öffentlichen Interessen standen den fiskalischen gegenüber, und beide waren bestimmend beim Abschluß des GV. Man wird nun wohl nicht fehlgehen, wenn man das Aufstellen von Statuten und dadurch die äußerliche Loslösung vom GV. als eine Konzession der Kt. an die fiskalischen Interessen bewertet. Tatsächlich zeigt sich ja auch im ganzen Betrieb der Kraftwerke ein unbestrittener Erwerbscharakter [82]). Allerdings muß gleich einschränkend hinzugefügt werden, daß darin nicht unbedingt eine fiskalische Zweckbestimmung zu liegen braucht, denn es soll dadurch bloß eine Defizitwirtschaft zum allgemeinen Wohle verhindert werden. Es liegt eben in der Natur der Sache, daß eine Unternehmung, wie es der Betrieb von El.-Werken darstellt, „nach kaufmännischen Grundsätzen, unter Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung und Abschreibung" (§ 1 GV.) geführt werden muß, wenn sie lebensfähig sein will. Daß zu diesem Zweck die Gesellschaftsform der A.-G. die geeignetste ist, hängt grundsätzlich nicht davon

[81]) Im BG. über die Schw. Nationalbank vom 6. Okt. 1905, revidiert durch das neue Gesetz vom 7. April 1921 (A.S.n.F. 37 S. 581 ff.) wurde eine Unternehmung ins Leben gerufen, deren Rechtsform an die A.-G. des OR. angelehnt ist. Die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse, wie Entstehung, Organisation, Verwaltung und Mitgliederrechte sind im Gesetz abschließend geregelt, sodaß für Statuten kein Raum mehr bleibt. Vergl. Autenrieth a.a.O. S. 1 ff. und Arbenz a.a.O. S. 24 ff.

[82]) Vergl. auch die Ansicht des Bundesgerichtes in BGE 47. II. 440, wo die N.O.K. als Erwerbsgesellschaft betrachtet werden.

ab, ob die Unternehmung eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche ist; vom wirtschaftlichen Standpunkt aus — und der ist hier maßgebend — ändert die Rechtsnatur der Unternehmung nichts an der Zweckmäßigkeit der Gesellschaftsform.

Im folgenden soll nun noch die Stellung der Statuten zum GV. einerseits und im Verhältnis zur positiven Rechtsordnung anderseits untersucht werden.

II. Das Verhältnis der Statuten zum Gründungsvertrag.

Daß ein solches Verhältnis besteht, ist insofern keine Selbstverständlichkeit, als es nicht unter allen Umständen neben dem GV. auch noch Statuten zu geben braucht. Wie wir oben gesehen haben, hätten die Ausführungsbestimmungen, die die Verwirklichung der im GV. vorgezeichneten öffentlichen Unternehmung bewerkstelligen, auch im GV. selbst stehen können. Trotzdem kommt diesem Verhältnis allgemeinere Bedeutung zu, als schlechthin angenommen werden könnte, weil auch im Falle eines einzigen konstituierenden Rechtsaktes neben den rein organisatorischen Normen noch vertragliche Bestimmungen hätten aufgenommen werden müssen, die das Verhältnis der Gründer zur Unternehmung regeln wollen und damit in vorliegenden Fragenkreis einbezogen werden müßten.

a) Umschreibung der Aufgabe.

Bevor wir auf die Hauptfrage dieses Abschnittes eintreten können, müssen wir unsere Aufgabe nach verschiedenen Richtungen abgrenzen, resp. näher umschreiben.

1. Das Verhältnis zwischen Statuten und GV. soll hier nicht im Hinblick auf die tatsächliche Entstehung, also nicht vom historischen Gesichtspunkt aus, geprüft werden. In dieser Beziehung liegt ein klares und unzweifelhaftes Abhängigkeitsverhältnis vor. Wie schon ausgeführt wurde, bilden die Statuten *ein* Stadium in der ganzen Reihe jener Akte, die vom Gedanken zur realisierten Unternehmung führen. Erste rechtliche Grundlage ist der GV., darauf sich aufbauend entstehen die Statuten, die der Unternehmung ihre rechtliche Form geben. Der GV. stellt also sowohl die zeitliche als auch die tatsächliche und rechtliche Voraussetzung für die Statuten dar. Festgehalten wird dieses Verhältnis in § 9 GV., der bestimmt, daß seine Bestimmungen für die Gesellschaftsstatuten rechtsverbindlich seien, was heißen will, daß die Statuten auch den Weisungen und im Sinn und Geiste des GV. aufgestellt werden sollen. Dieses Verhältnis ist klar und bietet zu keinen weiteren Erörterungen Anlaß.

2. Unter GV. verstehen wir in diesem Zusammenhang nur diejenigen Normen, die auch noch nach der Gründung der A.-G. Geltung behalten wollen [83]). Es ist klar, daß nur zwischen diesen Normen und den Statuten im Verlaufe des späteren Lebens der Unternehmung Divergenzen auftreten können. Darnach fallen jene Bestimmungen, welche bei der Gründung der A.-G. durch Erfüllung untergegangen sind, nicht in den Bereich der vorliegenden Untersuchung. Die Frage, ob eine Bestimmung einer andern vorgehe, wird gegenstandslos, wenn eine der beiden Bestimmungen untergeht; und diese Frage ist es gerade, die uns interessiert, nämlich, ob Statuten oder GV. vorgehe, wenn ihre Bestimmungen sich widersprechen oder wenn in ihnen Anlagen zu möglichen Widersprüchen enthalten sind.

[83]) Daß der GV. solche Normen enthält, wurde oben § 4 II. gezeigt und als eine Besonderheit des vorliegenden GV. gewertet.

3. Unter diesen über die Gründungszeit hinauswirkenden und für die Zukunft berechneten vertraglichen Bestimmungen müssen wir noch eine weitere Aussonderung vornehmen, damit wir unsere Frage ganz klar stellen können. Inhaltlich lassen sich diese Bestimmungen in zwei Gruppen einteilen. Die eine Gruppe umfaßt diejenigen Normen, die nur ein rechtliches Verhältnis zwischen den Gründern regeln wollen. Verpflichtete und Berechtigte in diesem Verhältnis sind ausschließlich die Gründer. In einem solchen Fall kann zwischen den Statuten und dem GV. kein Konflikt entstehen, weil ja die A.-G. mit den Abmachungen zwischen den Gründern direkt nichts zu tun hat. Tatsächlich wird die A.-G. zwar immer irgendwie im Spiele sein, weil sie in einem Vertrag zwischen den beteiligten Kt. in der Regel die begünstigte Dritte sein wird [84]). Aber die Unternehmung kann durch ihre Organe nicht auf dieses Vertragsverhältnis einwirken. Deshalb kann sie auch nicht etwas dem GV. Widersprechendes beschließen.

Die zweite Gruppe dieser Bestimmungen begründet Rechtsverhältnisse zwischen einem oder mehreren Gründern und der zu gründenden A.-G. [85]). Die Gesellschaft kann dabei als verpflichtete [86]) oder als berechtigte [87]) oder als beides zugleich [88]) erscheinen. In diesen Fällen, in denen die A.-G. als Partei am Rechtsverhältnis beteiligt ist, kann es sich ereignen, daß die Gesellschaft zwar laut GV. eine Verpflichtung übernommen hat, daß aber der entsprechende Gesellschaftsbeschluß, der die Verpflichtung erfüllen sollte, ausbleibt oder in entgegengesetztem Sinne gefaßt wird. Ein Beispiel mag diesen Fall erläutern:

§ 7 GV. schreibt vor, daß, wenn die Entwicklung des Energieabsatzes der N.O.K. die Errichtung eines dritten Niederdruckwerkes erforderlich machen sollte, unter mehreren gleich wirtschaftlichen Bauprojekten dasjenige auszuführen sei, welches im Gebiete des Kts. Aargau liegt. Nun ist es denkbar, daß die Generalversammlung resp. der Verwaltungsrat [89]) aus irgend welchen Gründen im Bedarfsfalle dieser Vorschrift nicht nachkommt, sei es, daß überhaupt kein neues Werk gebaut wird, etwa weil man den Strom von einem bestehenden aber nicht zur N.O.K. gehörigen Werk kauft, sei es, daß der Verwaltungsrat ein Bauprojekt gutheißt, das nicht im Kt. Aargau liegt. Jetzt ist der Konflikt da zwischen GV. und Gesellschaftsstatuten: Der Kt. Aargau beruft sich auf

[84]) § 5 GV. bestimmt beispielsweise, daß die Kt. im Uebrigen in der Erteilung von Konzessionen an Dritte unbeschränkt seien, daß sie aber bei Projekten von Anlagen mit 10.000 u. mehr PS unter Vorbehalt der kt. Gesetzgebung den N.O.K. zu den gleichen Bedingungen ein Vorzugsrecht vor priv. Konzessionsbewerbern einzuräumen haben. — Gemäß § 6 haben die Kt. Zürich u. Schaffhausen in die Gesellschaft der N.O.K. die Konzessionen des Wasserwerkes Eglisau bei Rheinfelden einzuwerfen.

[85]) Hier hatte man es ursprünglich nur mit Vertragsabreden unter den Gründern zu tun; doch war dies nicht der Endzweck der Vereinbarung. Vielmehr wurden diese Geschäfte für die zu gründende A.-G. getätigt, die nachher in diese Verträge eintreten sollte und auch tatsächlich eingetreten ist. Die Rechte, die ursprünglich den einzelnen Gründern zustanden, sind auf die A.-G. als solche übergegangen, und die Pflichten, z. B. für die Energieabgabe, sind durch Schuldübernahme Verpflichtungen der A.-G. geworden.

[86]) § 7 GV.: Sollte die Entwicklung des Energieabsatzes der N.O.K. die Errichtung eines dritten Niederdruckwerkes erforderlich machen, so ist unter mehreren gleich wirtschaftlichen Bauprojekten dasjenige auszuführen, welches im Gebiete des Kt. Aargau liegt.

[87]) § 4: Die beteiligten Kt. verpflichten sich, die gesamte El. Energie für ihre staatlichen Kraftversorgungen von den N.O.K. zu beziehen ...

[88]) § 6: Die N.O.K. werden die Rechtsnachfolger aller von den Kt. Zch. u. Schaffh. mit Bezug auf das Kraftw. Eglisau erworbenen Rechte und übernommenen Pflichten.

[89]) Verwaltungsreglement Art. 5 Ziff. 12.

den GV. und verlangt Errichtung eines Werkes auf seinem Gebiet, während die Gesellschaft ihm ihren Beschluß, der gemäß ihren Statuten (resp. gemäß ihres Verwaltungsreglementes) formgerecht zustande gekommen ist, entgegenhält [90]).

Bevor wir auf die Hauptfrage, wie ein solcher Streit zu lösen ist und aus welchen Gründen, eintreten, müssen wir noch einem Einwand begegnen.

b) Ein Einwand.

Es könnte leicht der Gedanke auftauchen, daß gar nicht unter allen Umständen eine Divergenz zu entstehen brauche, daß wir vielmehr in unserem dialektischen Eifer Widersprüche sähen, wo gar keine vorhanden sind; es sei nämlich, so wird man etwa einwenden, in dem Fall, wo alle Gründer die spätere Generalversammlung der A.-G. ausmachen, praktisch ausgeschlossen, daß die A.-G. nun plötzlich etwas anderes beschließe, als was schon durch die Gründer beschlossen worden war. Es wird also durch diesen Einwand bestritten, daß unsere obige Frage, ob Statut oder GV. in einem Streitfall den Vorrang verdiene, eine allgemeingültige sei, weil unter bestimmten Voraussetzungen, d. h. eben wenn Gründer und Aktionäre identisch seien, ein Widerspruch ausgeschlossen sei.

Wie es sich damit verhält, müssen wir vorerst feststellen. Je nach dem Resultat werden wir dann die Grenze für den Gültigkeitsbereich der Hauptfrage weiter oder enger ziehen können.

Es handelt sich hier darum, ob zwei Willensbildungen notwendigerweise sich entsprechen müssen, wenn sie von den selben Subjekten ausgehen, vorausgesetzt natürlich, daß es sich in beiden Fällen um die nämliche Sache handelt. Sind die Subjekte nicht identisch, etwa weil nicht alle Gründer als spätere Aktionäre auftreten oder weil außer den Gründern noch weitere Personen in der Generalversammlung vertreten sind, so ist es ohne weiteres klar, daß über den selben Gegenstand die Gründer möglicherweise andere Beschlüsse fassen als die Organe der späteren A.-G. Dieser Fall bedarf keiner weiteren Erörterung.

Hingegen scheint der Einwand für den andern Fall auf den ersten Blick einer gewissen Berechtigung nicht zu entbehren. Aber sehen wir näher zu.

Zwischen den beiden Willensbildungen vergeht immer eine gewisse Zeit, so daß, obwohl die Subjekte die selben geblieben sind, sich die Umstände, die Verhältnisse und Personen, die mitbestimmend beim Fassen eines Entschlusses sind, geändert haben können. Je nach der Zeit, die zwischen beiden Akten verstrichen ist, kann sich die Veränderung verschieden stark geltend machen. Was im Gründerstadium noch allen vorteilhaft erschien, verwandelt sich im Moment, wo von der A.-G. der Ausführungsbeschluß gefaßt werden sollte, vielleicht in eine höchst unzweckmäßige Aktion. Oder es zeigen sich Verhältnisse, die von den Gründern geschaffen wurden, im Verlaufe des Betriebes für unhaltbar. Ist die Generalversammlung berechtigt, zu ihren Gunsten, aber zu Ungunsten eines Gründers Aenderungen zu treffen? Gerade in diesem Falle zeigt sich der Einfluß eines weiteren Momentes, das für die Möglichkeit von allfälligen Divergenzen spricht.

[90]) Wenn auch in diesem Beispiel kein Konflikt entstanden ist od. entstehen wird, so ist es dennoch für unsere Untersuchung nicht unbrauchbar; denn daß aus einer solchen od. ähnlichen Konstellation heraus ein Streit entstehen kann, ist, was wir zeigen wollen; ob er in concreto wirklich entsteht, ist in dieser mehr theor. Untersuchung irrelevant.

Neben dem Wechsel in den äußern Umständen verändert sich auch die Funktion der handelnden Subjekte. Die Gründer bilden als solche eine einfache Gesellschaft. Hier herrscht das Individuum mit seinen Interessen vor. Die Persönlichkeit des einzelnen steht im Vordergrund. Anders, wenn die A.-G. gegründet ist. Dann muß der einzelne zurücktreten. Die Unternehmung mit ihrem spezifischen Verbandszweck bestimmt die Interessenlage. Die Vielheit findet in der Juristischen Persönlichkeit ihre zentrale Einheit. Die Organe der Juristischen Person haben dieser Einheit zu dienen; in ihrer Tätigkeit haben sie in erster Linie die Interessen der Unternehmung zu wahren. Ihre Aufgabe besteht in nichts anderem als darin, den Verbandszweck zu realisieren. Obwohl also die Subjekte zwar vor und nach der Gründung die selben sind, hat sich durch die verschiedene funktionelle Stellung ihre Interessenlage so verschoben, daß es sehr wohl denkbar ist, daß dementsprechend verschiedene Beschlüsse gefaßt werden.

Eine weitere Tatsache, die zwar nicht allgemeiner Natur ist, die aber im vorliegenden Fall zu unseren Gunsten spricht, bestärkt uns in unserer Ansicht. Wir haben bis jetzt immer nur von Subjekten schlechthin gesprochen, ohne auf ihre Natur Rücksicht zu nehmen. Wir wissen aber, daß sowohl natürliche als auch juristische Personen darunter verstanden werden können. Gilt aber das Gesagte für die natürlichen Personen, um wieviel mehr muß es dann für Personengesamtheiten, insbesondere für Kantone gelten, deren Willen nur durch ihre Organe (Behörden) zum Ausdruck kommt. Hier, wo der physische Träger des ausgedrückten Willens einem steten Wechsel unterworfen ist, ist die Möglichkeit noch viel größer, daß im Laufe der Zeit neue und andere Ansichten Platz greifen und dadurch einmal Beschlossenes revisionsbedürftig erscheinen wird.

Wir glauben damit einleuchtend dargetan zu haben, daß der Einwand der identischen Subjekte nicht stichhaltig ist, daß wir es vielmehr bei der Frage, was im Streitfall vorzugehen habe, ob der GV. oder die Statuten, mit einem Problem zu tun haben, dessen praktische Bedeutung immer im Bereich der Möglichkeit liegt, unabhängig davon, ob die Gründer und die späteren Aktionäre dieselben Personen seien oder nicht.

c) Die Hauptfrage.

Kehren wir zur anfänglichen Frage zurück: Was bedeuten diese über die Gründungszeit hinauswirkenden und für die Zukunft berechneten Bestimmungen? Gelten sie unverändert und uneingeschränkt weiter, trotzdem inzwischen die A.-G. entstanden ist, oder haben sie jede rechtliche Bedeutung verloren, indem sie nun durch die Statuten der A.-G. ersetzt worden sind? Es ist leicht einzusehen, daß jedes Glied dieser Alternative unzutreffend und in seinen Konsequenzen unbefriedigend wäre. *Jenes* hätte zur Folge, daß die Aktiengesellschaft nur ein Scheingebilde ohne eigenes Leben darstellte, das ganz und gar von den ursprünglichen Gründern, ja sogar vom Belieben jedes einzelnen Gründers abhängig wäre; denn mangels einer Vorschrift im GV. könnten Beschlüsse seitens der fortbestehenden Gründergesellschaft nur einstimmig gefaßt werden. Somit würde das Veto eines einzigen Gründers, auch wenn seine Beteiligung am Grundkapital nur sehr gering ist, genügen, um der A.-G. jede Fortentwicklung und jede Anpassung an veränderte Verhältnisse zu verunmöglichen, jede noch so dringliche Abänderung der Statuten, soweit deren

Bestimmungen bereits im GV. enthalten waren [91]), zu verhindern. Die *andere* der beiden oben gezogenen Schlußfolgerungen ist aber gleicherweise unbefriedigend. Nähme man nämlich an, daß der GV. gänzlich durch die Statuten der gegründeten A.-G. ersetzt worden sei und in allen seinen Teilen die rechtliche Geltung verloren habe — so daß also formgerechte Generalversammlungsbeschlüsse sich inhaltlich nicht nach den Vorschriften des GV. zu richten hätten — so würde man dadurch den Gründern Unrecht tun. Man würde insbesondere den Absichten der Gründer nicht gerecht, die dahin gehen, die Entwicklung der N.O.K. A.-G. im Sinne der ursprünglichen Zwecksetzung durch die Gründer zu sichern, die A.-G. gewissermaßen als ein eigenes Unternehmen der Gründer zu führen und darin eine Institution zu haben, die dem „persönlichen" Interesse des einzelnen Gründers Rechnung trägt und ihm nützlich ist.

Sowohl das Interesse der A.-G. als selbständige juristische Persönlichkeit und als selbständiges Unternehmen als auch das Interesse jedes einzelnen Gründers haben Anspruch auf Schutz und Anerkennung. Erst wo ein Interessengegensatz zwischen der A.-G. einerseits und einem einzelnen Gründer anderseits auftritt, der sich nicht ausgleichen und versöhnen läßt, muß man Farbe bekennen.

Jetzt frägt es sich, ob sich dieser Gegensatz nur durch eine Interessenabwägung im konkreten Fall lösen lasse, also nur an Hand von gegebenen, ganz bestimmten Voraussetzungen, oder ob eine allgemeine Lösung möglich sei, die für alle Fälle Gültigkeit besitze. Gelänge das letztere, nämlich einem allgemeingültigen Verhältnis zwischen GV. und Statuten auf die Spur zu kommen, so hätten wir durch diese Lösung erreicht, daß allen eventuellen Divergenzen zum voraus die Spitze abgebrochen wäre, ja, daß grundsätzlich überhaupt keine Widersprüche entstehen könnten, über deren Lösung man im Zweifel sein könnte. Denn, da bei einer solchen Lösung von den beidseitigen Interessen, die je nach dem gerade vorliegenden Fall entstehen würden und dementsprechend gewertet werden müßten, überhaupt abgesehen wird, vermag diese Lösung durch eine konkrete Interessenlage gar nicht beeinflußt zu werden. Die Vorteile einer solchen Abklärung der Streitfrage sind evident. Soll unsere Untersuchung fruchtbar sein, so müssen wir auf diese Möglichkeit unser Augenmerk richten.

Eine Lösung für alle Fälle im obigen Sinne ist aber nur denkbar, wenn entweder der GV. oder die Statuten selber eindeutige Anhaltspunkte geben, wenn die Lösung selbst aus der positivrechtlichen Ordnung hervorgeht, oder, mangels einer ausdrücklichen Regelung, wenn aus der rechtlichen Natur des GV. oder der Statuten eine solche abgeleitet werden kann. Gelingt es nicht, auf positivrechtlichem Wege zum Ziel zu gelangen, so werden wir also die Wissenschaft um Rat angehen müssen. Kommen wir mit ihrer Hilfe ebenfalls zu einem negativen Resultat, so bleibt immer noch die Interessenabwägung im konkreten Fall als gangbarer Weg. Wir wissen dann zwar nicht, wie die Lösung im Einzelfall ausfällt; aber wir wissen, daß zum voraus nichts für die eine oder andere Lösung spricht, und diese Erkenntnis hat auch ihren praktischen Wert.

Betrachten wir zuerst die positivrechtliche Regelung. Wenn wir den GV. durchgehen, so finden wir in § 9 den Satz: „Die Bestimmungen dieses Vertrages sind für die Gesellschaftsstatuten rechtsverbindlich". Dadurch scheint expres-

[91]) Die Art. 2 Abs. 1; 4 Abs. 1; 2 Abs. 3 GV. sind z. T. wörtlich von den Statuten übernommen worden.

sis verbis unsere Frage gelöst. Allein die Bedeutung dieser Bestimmung erschöpft sich wohl lediglich darin, daß sie vorschreiben will, die Gesellschaftsstatuten dürfen nichts dem GV. Zuwiderlaufendes enthalten. M. a. W. sie drückt die Selbstverständlichkeit aus, daß die Statuten in Ausführung des GV. diesem entsprechend sein sollen. Nun sind aber die Statuten in erster Linie organisatorische Normen, die die rechtliche Form, den Wirkungskreis, die Zahl, Art und Funktion der Organe, Zweck und Sitz der Unternehmung festlegen, das Verhalten der Organe aber nur durch die Zwecksetzung bestimmen und ihnen im übrigen die Entscheidungsbefugnis für den einzelnen Fall in vollem Umfang belassen. § 9 GV. darf also nicht als Generalklausel betrachtet werden, in dem Sinne, daß nun die Organe in ihrer Tätigkeit durch die Bestimmungen des GV. gehemmt und bevormundet wären. Schon formell wäre der GV. nicht der Platz, wo solche Einschränkungen, die sich auf das Leben der A.-G. beziehen, stehen könnten. Auch wären die Organe für eine Verletzung des GV. nicht haftbar; sie sind nur der Gesellschaft gegenüber verantwortlich, nicht aber den einzelnen Gründern. Deshalb müßte eine entsprechende Bindung an den GV. in den Statuten zum Ausdruck kommen.

Es findet sich denn auch in Art. 2 der Statuten die Wendung: „Zweck der Gesellschaft ist der Betrieb der Kraftwerke . . . auf Grund der bestehenden Konzessionen und *Verträge* . . .“ Dadurch wird in den Statuten unsere Ansicht bestätigt, daß der GV. auch weiterhin als selbständiger Vertrag zu gelten habe [92]). Die A.-G. soll seinen Bestimmungen Nachachtung verschaffen. Die Gründer wollten durch diesen Artikel die Verwirklichung ihres Vertrages sichern. Allein ist diese Sicherung für alle Fälle hinreichend? Die Bestimmungen in den Statuten sind doch abänderlich. Es wäre also denkbar, daß Art. 2 der Statuten abgeändert würde, etwa dann, wenn die Interessen der Unternehmung die Einhaltung der Verträge nicht mehr rechtfertigen würden. Dadurch verlören die Gründer ihre Garantie [93]).

Wir sehen, auch die Normierung in den Statuten ergibt nicht unter allen Umständen klare Anhaltspunkte darüber, was im Zweifel zu gelten habe.

Als ultimum refugium bleibt uns die Wissenschaft übrig. Zur Diskussion steht letzten Endes die Frage, ob vertragliche Bestimmungen, wie sie im GV. unter den Kt. aufgestellt wurden, durch die Organe der Gesellschaft abgeändert werden können, ohne daß dadurch die Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung eintreten würden, d. h. ohne daß der oder die betroffenen Gründerkantone Schadenersatz geltend machen könnten. Um hierüber Entscheidendes sagen zu können, müssen wir uns an das erinnern, was wir vorstehend (§ 4 III.) über die Rechtsnatur des GV. gesagt haben. Dort sind wir zum Schluß gekommen, daß die N.O.K. eine öffentlich-rechtliche Unternehmung sind. Diese Erkenntnis bringt uns hier einen Schritt weiter.

Burckhardt [94]) sagt, daß im privatrechtlichen Verkehr, der Freiheit des Willens, sich zu binden, die Gebundenheit des frei Gewollten entspreche, und daß das private Rechtsgeschäft, das durch den freien Willen einer Privatperson zustande gekommen ist, zwar mit diesem Willen, d. h. mit der Zustimmung

[92]) Art. 2 der Statuten hat nicht etwa die Bedeutung, daß der GV. nun als Bestandteil der Statuten Geltung behalte. Der Geltungsgrund des GV. liegt nicht in den Statuten, sondern in der BV., was noch näher auszuführen ist.

[93]) Daß die Statuten in Art. 12 die Abänderung erschweren, indem sie eine $^2/_3$ Mehrheit verlangen bei gleichzeitiger Anwesenheit von mindestens der Hälfte des Aktienkapitals, ändert an der grundsätzlichen Möglichkeit der Statutenänderung nichts.

[94]) Organisation S. 61.

des Berechtigten, stets aufgehoben, aber ohne Rücksicht auf diesen Willen nicht wieder aufgehoben werden könne. Die Frage dagegen, wann eine durch die Anordnung einer Behörde geschaffene Rechtslage wieder abgeändert werden könne, stehe unter dem Gesichtspunkt richtiger sachlicher Anwendung des Gesetzes; durch die sog. rechtsgeschäftliche Handlung der Behörde sei nicht ein subjektives (inhaltlich zufälliges) Rechtsverhältnis entstanden, sondern ein konkreter Anwendungsfall des Gesetzes — scil. in unserem Fall eine Handlung des pflichtmäßigen Ermessens einer Behörde, deren Aufgabe es ist, die staatlichen Interessen wahrzunehmen. Also nicht der freie Wille der zufällig Berechtigten entscheidet über die Abänderlichkeit eines öffentlich-rechtlichen Aktes, sondern einzig der gesetzwidrige, weil nicht oder nicht mehr dem Gesetz entsprechende Zustand, resp. die sachliche Unvereinbarkeit mit dem objektiv Notwendigen.

In konsequenter Verfolgung dieses Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht kommt Burckhardt zu dem Schluß, daß aus der formellen Natur des Verwaltungsaktes sich nicht ergäbe, daß er abänderlich oder unabänderlich ist, sondern aus dem Gewicht der sich gerade gegenüberstehenden Interessen.

Daraus entnehmen wir für unsern GV., daß allgemein nicht angenommen werden kann, seine Bestimmungen seien unabänderlich, wie es vertragliche Bestimmungen unter Privaten wären, aber auch nicht mit Notwendigkeit, sie seien abänderlich; darüber entscheidet die Interessenlage im konkreten Fall [95]). Unabhängig von der konkreten Interessenlage geht aus der öffentlich-rechtlichen Natur des GV. hervor, daß sich ein Gründer bei gegebenen Umständen (bei deren Eintreten die Uebereinstimmung des Beschlossenen mit der Idee des Gerechten, des Seienden mit dem Seinsollenden entfällt) nicht auf den GV. berufen kann, um den Handlungen der A.-G. entgegenzutreten. Ueber seinen Rechten und Pflichten aus dem GV. schwebt gewissermaßen das Damoklesschwert der clausula rebus sic stantibus.

Man könnte hier vielleicht einwenden, daß wir mit Bezug auf die Abänderlichkeit des Verwaltungsaktes der Wirklichkeit nicht gerecht würden. Geschlossen werde der Vertrag wohl durch die Behörden der Kt., aber seine Aenderung durch die Organe der A.-G. könne nicht mit der Abänderlichkeit von Verwaltungsakten, wie sie bei der Frage der Rechtskraft solcher Akte im Spiele stehen, verglichen werden, da einerseits die beschließende und die aufhebende Behörde nicht identisch seien und anderseits der Interessenkreis in einem Fall die kantonale Sphäre im andern Fall das spezifische Interesse der Unternehmung erfasse, also nicht gleichartig und deshalb nicht vergleichbar sei.

Gegen diesen Einwand ist zu sagen, daß sich doch der Interessenkreis hier nach dem Gegenstand richtet, den er betrifft. Gegenstand des Interesses ist in unserm Fall die Elektrizitätsversorgung, die rationelle Gewinnung und Verteilung der el. Energie, und dieser Gegenstand bleibt nach wie vor derselbe. Durch den GV. ist eben ein Teil der gründerstaatlichen Interessen aus der Interessensphäre der einzelnen Kt. losgelöst worden und zum gemeinsamen Interessenkreis der N.O.K. erhoben worden. Damit sind aber auch die Organe der Unternehmung die Wahrer dieser Interessen geworden. Es ist also m. E.

[95]) Für unsere wissenschaftliche Betrachtung genügt auch dieses negative Resultat, weil der GV. damit in Gegensatz gestellt wird zu den privatrechtlichen Verträgen, deren Unabänderlichkeit als notwendig, weil in ihrer Natur liegend, einzusehen ist. Vergl. dazu: Organisation S. 47, 62, 64.

sowohl die Gleichheit der Interessen gewahrt, als auch die Zuständigkeit der in Frage kommenden Instanzen.

In praxi wird von dieser prinzipiellen Abänderungsmöglichkeit allerdings nicht häufig Gebrauch gemacht werden; aber wenn der Richter im Streitfall die Einhaltung des GV. anerkennt, so kann er das nicht aus der formellen Natur des GV. entnehmen (wie er es bei privaten Verträgen tun könnte), sondern aus eigener Abwägung der konkreten Interessenlage, sei es, daß der abändernde Generalversammlungsbeschluß (oder der Verwaltungsratsbeschluß) das öffentliche Interesse verletze, sei es, daß durch die nachträgliche Wiederaufhebung von Vertragsbestimmungen andere, inzwischen begründete Interessen verletzt würden, die ebenso schutzwürdig sind, wie die vom Gesellschaftsbeschluß verkannten.

III. Das Verhältnis der Statuten zur positiven Rechtsordnung.

Als wir im vorhergehenden Abschnitt das Verhältnis der Statuten zum GV. betrachteten, hatten wir die praktische Frage im Auge, was bei einer Divergenz zwischen GV. und Statuten vorzugehen habe, resp. ob die Unternehmung berechtigt sei, auf Grund der Statuten Beschlüsse zu fassen, die den Bestimmungen des GV. zuwider seien. Wir sind zum Schluß gekommen, daß aus dem formellen Verhältnis von GV zu Statuten keine allgemeingültige Lösung abgeleitet werden könne, daß es vielmehr einer Interessenabwägung durch den Richter im konkreten Fall bedürfe.

Hier in diesem Abschnitt, wo das Verhältnis zur positiven Rechtsordnung einer nähern Betrachtung unterzogen wird, soll die Geltung der Statuten untersucht werden, oder besser der Rechtsgrund dieser Geltung, m. a. W die Frage: Worauf stützt sich die Verbindlichkeit der Statuten? Diese Frage ist nicht zu verwechseln mit der tatsächlichen, wie die Statuten entstanden seien, wer sie begründet habe.

Ein Beispiel aus dem Privatrecht mag den Unterschied zwischen diesen beiden Fragen veranschaulichen:

Wenn A und B miteinander einen Vertrag schließen, so wird der Vertrag durch den beidseitigen Konsens begründet; durch diesen Akt entsteht er. Das ist die tatsächliche Seite. Das Juristische, Rationale, auf das wir bei unserer obigen Frage hindeuten möchten, besteht nun beim Vertragsschluß in der Verbindlichkeit dieses Vertrages, d. h. darin, daß der Vertragsinhalt bei Vermeidung des Zwanges (durch Zuhilfenahme der Staatsgewalt) erfüllt werden muß (immer unter dem Vorbehalt natürlich, daß der Berechtigte nicht auf seinen Anspruch verzichte). Diese Verbindlichkeit des Vertrages beruht nun nicht auf den übereinstimmenden Willen der Beteiligten — diese bilden bloß eine, wenngleich notwendige, Voraussetzung dazu —, sondern auf der positiven Privatrechtsordnung, die solche private Willensübereinstimmungen, die in gehöriger Form und mit erlaubtem Inhalt abgeschlossen werden, mit solcher Macht ausstattet.

Die Frage nach dem Rechtsgrund der Statuten kann also nicht damit beantwortet werden, daß man sagt, weil die Gründerkantone übereingekommen sind, im GV. die Wahrnehmung ihrer Interessen im Bereich der Ausnutzung der Wasserkräfte einer gemeinsamen Instanz zu übertragen, haben die Statuten Geltung erlangt, sondern man muß sich auch auf eine positive Rechtsnorm berufen können, kraft welcher die rechtliche Handlung der Gründer Verbindlich-

keit erlangen konnte [96]). Diese Rechtsnorm (scil. Rechtsordnung) gilt es hier aufzuzeigen.

Die praktische Bedeutung dieser Frage liegt nicht sowohl darin, zu wissen, welche Gerichte zuständig seien [97]), als vielmehr über die Anwendbarkeit von ergänzenden Normen im klaren zu sein für den Fall, daß die statutarische Ordnung Lücken oder Unklarheiten aufweisen sollte.

Da es sich um die Statuten einer A.-G. handelt, scheint es auf den ersten Blick zweifellos, daß das Aktienrecht des OR. die gesuchte Ordnung darstelle. Bedenkt man aber, daß es Kt. sind, die zusammen die A.-G. ausmachen, so wird man vielleicht an Art. 7 BV. denken, der die Verkommnisse nicht politischen Inhaltes zwischen Kt. als gültig anerkennt. In der Tat sind es diese beiden Möglichkeiten, die als Rechtsgrund für die Statuten der N.O.K. A.-G. in Frage kommen. Im folgenden sollen die beiden Alternativen einzeln durchgegangen werden.

a) Das Verhältnis zum Aktienrecht des OR.

In § 4 III. unserer Arbeit wurde die N.O.K. A.-G. als Unternehmung öffentlich-rechtlicher Art charakterisiert. Des weitern haben wir im ersten Teil dieses Kapitels eingehend auf die Diskrepanz zwischen Inhalt und Form bei dem Ausdruck „öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form" hingewiesen. Wenn wir uns diese Untersuchungen vergegenwärtigen, so können wir zum voraus sagen, daß das OR. nicht die geeignete Rechtsordnung sein kann, auf der sich das Grundgesetz unserer öffentlich-rechtlichen Unternehmung, die Statuten, gründen könnte. Das Privatrecht ist per definitionem nicht geeignet, einer öffentlich-rechtlichen Institution die juristische Grundlage, ihre rationale Berechtigung zu verschaffen. Trotz dieser grundsätzlichen Selbstverständlichkeit scheint es nicht unangebracht, wenn wir etwas näher auf die Frage eintreten. Wir tun es nicht nur, um die bisherigen Ergebnisse weiter zu festigen, sondern auch um eventuellen Einwänden zu begegnen.

1. Soll das OR. nicht zur Anwendung kommen, so muß es sich um eine Unternehmung im Sinne von Art. 763 OR handeln. Dieser schließt die Anwendung des privaten Aktienrechts auf öffentlich-rechtliche Unternehmungen aus. Der erste Absatz dieses Artikels lautet: „Auf Gesellschaften und Anstalten, wie Banken, Versicherungs- oder Elektrizitätsunternehmungen, die durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden, kommen, sofern der Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt, die Bestimmungen über die Aktiengesellschaft auch dann nicht zur Anwendung, wenn das Kapital ganz oder teilweise in Aktien zerlegt ist und unter Beteiligung von Privatpersonen aufgebracht wird." Gegen die Subsumierung unseres Falles unter diesen Artikel sind folgende Einwände denkbar und müssen widerlegt werden.

Art. 763 OR beziehe sich seiner ganzen Fassung nach auf Unternehmungen, die den Kreis kant. Hoheit nicht überschreiten, also auf *inner*kantonale Anstalten. Deutlich trete das darin in Erscheinung, daß die Gesellschaft durch ein besonderes kantonales Gesetz gegründet werden müsse, ferner darin, daß der Kt. für die Verbindlichkeiten der Unternehmung die subsidiäre Haftung

[96]) Um jeder Unklarheit vorzubeugen, sei ausdrücklich betont, daß es sich hier nur um die Verbindlichkeit der Statuten als s. lche handelt; die Verbindlichkeit der Rechtsverhältnisse zwischen der Unternehmung und Dritten, die auf Grund der Statuten abgeschlossen werden, steht hier nicht zur Erörterung.

[97]) Näheres zu dieser Frage siehe unten (§ 7).

übernommen habe. Dagegen ist zu sagen, daß kein triftiger Grund besteht, die Anwendung dieses Artikels durch Analogie nicht auch auf *inter*kantonale Gesellschaften und Anstalten auszudehnen, sofern nur jeder Mitgliedkanton die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlagen, der Mitwirkung der Behörden und der subsidiären staatlichen Haftung erfüllt [98]). Denn der Sinn der Bestimmung ist wohl der, daß staatliche Unternehmungen, die sich aus Zweckmäßigkeit der privatrechtlichen Form bedienen (indem sie ihr Kapital ganz oder teilweise in Aktien zerlegen oder unter Beteiligung von Privaten aufbringen), nicht an die auf das Privatrecht zugeschnittenen Sicherungen und Vorkehren gebunden sind, sondern ihrem höheren Wesen und Zweck entsprechend frei walten können. Ein zweiter Einwand, der hier gemacht werden könnte, betrifft die gesetzliche Gründung der Unternehmung. Damit der Tatbestand des Art. 763 erfüllt ist, muß die Gesellschaft durch ein besonderes kantonales Gesetz gegründet worden sein. Liegt ein solches Gesetz hier vor?

Vorerst muß festgestellt werden, was Art. 763 überhaupt verlangt: Muß die Unternehmung *in* einem kt. Gesetz *be*gründet sein oder *durch* ein solches Gesetz *ge*gründet *worden* sein? Das sind zwei verschiedene Dinge. In einem Fall bezieht sich die gesetzliche Begründung auf das Gegründete, auf das durch das Gesetz Geschaffene, im andern Fall auf das Gründen, auf die gesetzliche Schaffung. Jene Auffassung legt Gewicht auf den Zustand, auf das rechtliche Verhältnis und begreift das Erfordernis der gesetzlichen Begründung unter einem materiellrechtlichen Gesichtspunkt; diese betont die Handlung, den Rechtsakt und betrifft die formellrechtliche Frage des Zustandekommens. Als Art. 763 aufgestellt wurde, hatte sich der Gesetzgeber über diese Unterscheidung keine Rechenschaft gegeben. Die Frage hat ja für gewöhnlich — nämlich im interkantonalen Rechtsleben — keine praktische Bedeutung, weil Gesetzesrecht immer auch auf dem Gesetzgebungsweg und in Gesetzesform zustande kommt. Die Unterscheidung wird erst hier wichtig, wo inhaltlich gesetzliches Recht in Form von Vertrag zwischen Kt. geschaffen wird. Nach dem Wortlaut läge das Gewicht auf der Schaffung der Unternehmung durch Gesetz, d. h. die Subsumierung der N.O.K. A.-G. unter Art. 763 würde aus Mangel am formellen Erfordernis der Begründung durch ein regelrechtes Gesetz scheitern. Allein der Sinn ist ein anderer. Durch die Loslösung vom privaten Aktienrecht wollte man der rechtlichen Natur der betreffenden Unternehmungen gerecht werden. Die rechtliche Natur wird aber nach einem inhaltlichen Kriterium beurteilt und nicht nach einem formellrechtlichen. Wesentlich ist daher in unserem Fall lediglich, daß der Bestand einer Unternehmung sich auf Gesetzesrecht gründe, und nicht, daß die Unternehmung (formell) durch ein Gesetz gegründet worden ist.

Handelt es sich um eine interkantonale Unternehmung, so ist es klar, daß als rechtliche Grundlage nicht ein kt. Gesetz im üblichen Sinne erwartet werden darf. An dessen Stelle muß ein gemeinsamer Akt treten. Diese Funktion erfüllt der GV. Es erübrigt sich, hier noch einmal auf dessen rechtliche Natur einzutreten. Wir verweisen auf die früheren Ausführungen [99]), wo die Frage, ob das Verkommnis Vertragsrecht oder Gesetzesrecht begründe, dahin beantwortet wurde, daß der GV. als Ausfluß staatlicher Kompetenz das objektiv Notwendige verwirklichen will und deshalb das daraus entstandene Recht inhaltlich Gesetzescharakter trage. Damit ist m. E. auch dem Erfordernis der gesetzlichen Begründung in Art. 763 Genüge getan.

[98]) Wenigstens steht der Wortlaut des Art. 763 einer solchen Interpretation nicht im Wege.
[99]) Vergl. oben § 3 IV. u. § 4 III.

2. Wenn auch der Anwendbarkeit von Art. 763 grundsätzlich beigepflichtet werden muß, so ist das Verhältnis der Statuten zum Aktienrecht doch noch nicht ganz geklärt. Es finden sich nämlich in den Statuten selber eine ganze Reihe von Bestimmungen, die ausdrücklich Bezug nehmen auf die obligationenrechtliche Ordnung. Beispielsweise beschränkt Art. 21 den Bereich, in welchem der Verwaltungsrat für die ganze Gesellschaft bindende Beschlüsse fassen kann, auf die Fälle, „deren Erledigung nicht *zufolge Gesetz* ... der Generalversammlung zusteht". Art. 27 Abs. 1 schreibt vor, daß die Bilanzaufstellung nach den Vorschriften des *Schweiz. Obligationenrechtes* erfolgen solle. Endlich heißt es in Art. 30 Abs. 2, daß Bekanntmachungen in denjenigen Fällen, für welche *das Gesetz* eine Publikation in öffentlichen Blättern vorschreibe, im Schweiz. Handelsamtsblatt erfolgen.

Was bedeuten diese Verweisungen auf das Privatrecht? Kann man daraus schließen, daß das OR. als die subsidiär geltende Ordnung anzusehen ist? Soll das private Aktienrecht den Rechtsgrund für die Statuten der N.O.K. A.-G. abgeben, wie das bei privaten Gesellschaften der Fall ist? Dieser Schluß wäre ebenso oberflächlich wie unrichtig. Gerade die ausdrückliche Verweisung in einzelnen bestimmten Fällen ist ein Zeichen dafür, daß es eben keine Selbstverständlichkeit ist, wenn das OR. Anwendung finden soll. Haben wir oben gefunden, daß Art. 763 OR erfüllt sei, und schreibt dieser Artikel vor, daß in diesen Fällen die Bestimmungen des OR nicht Anwendung fänden, so hindert das öffentlich-rechtliche Anstalten nicht, einzelne Bestimmungen aus dem Aktienrecht in ihre Statuten aufzunehmen, weil sie ihnen zweckmäßig scheinen. Soweit, aber nur soweit ist „Aktienrecht" bei öffentlich-rechtlichen Unternehmungen anwendbar [100]). Art. 763 will nicht verbieten — er könnte es vernünftigerweise auch gar nicht tun —, daß die aktienrechtlichen Bestimmungen von öffentlich-rechtlichen Anstalten nicht dürften angewendet werden [101]). Es liegt ja in der Natur der Sache, daß, wenn der Staat schon eine Unternehmung in A.-G.-Form betreibt, er in sein Gründungsgesetz viele Bestimmungen aufnehmen wird, die mit denen des privaten Aktienrechts materiell übereinstimmen. Art. 763 soll nur verhüten, daß nicht durch falsche Analogieschlüsse in den Fällen, für die das Gründungsgesetz (resp. Statut) der öffentlich-rechtlichen Unternehmung keine Regelung vorsieht, auf das Aktienrecht als auf die subsidiäre Ordnung gegriffen werde. Wenn aber die Statuten selber auf die subsidiäre Geltung des OR. für bestimmte Fälle hinweisen, ist dagegen nichts einzuwenden. Ueber das Verhältnis der Statuten zum OR. (als Teil der Privatrechtsordnung) läßt sich aber aus diesen Verweisungen nichts Positives entnehmen.

Wie vorauszusehen war, ist diese Bezugnahme auf die Privatrechtsordnung negativ ausgefallen [102]). Es bleibt nun noch die andere der beiden Alternativen

[100]) In diesem Sinne ist auch Art. 1 GV. aufzufassen, der davon spricht, daß die Unternehmung als **Aktiengesellschaft** betrieben werde.

[101]) Dazu: Organisation S. 81.

[102]) Anderer Ansicht ist Hug, Die rechtl. Organisation der öffentl. Unternehmung, in der Festschrift für Fleiner, F. (1937) S. 147 ff. Der GV. der N.O.K. wird einfach dem priv. Gesellschaftsrecht (OR. 530 ff.) unterstellt, als ob die Kt. denselben Normen unterständen, wie ein privater Kegelklub. Wenn der ö.-rechtl. Charakter der Unternehmung gesichert sein soll (S. 148), ist es ein Widerspruch, zu sagen, die Unternehmung unterstehe dem OR., das auf willkürliche u. zufällige Verhältnisse zugeschnitten ist. Um mit dieser inkonsequenten Auffassung der Wirklichkeit gerecht zu werden, ist Hug denn auch genötigt, zu «Sonderrechten» (S. 149) u. zu Ordnungen «entgegen dem geltenden Recht» (S. 150) seine Zuflucht zu nehmen.

zu durchgehen. Wie stellt sich das Statut der N.O.K. A.-G. zum Verfassungsrecht?

b) Das Verhältnis zur Schweiz. Bundesverfassung.

Die Verbindlichkeit der Statuten ist ihrer ganzen Natur nach im öffentlichen Recht begründet. Wie oben bemerkt wurde, ist der GV. ihre unmittelbare Voraussetzung. Sie sind in gewissem Sinne die Erfüllung des interkantonalen Vertrages, der zweite Schritt [103]) auf dem Weg der Realisierung des im Vertrag festgelegten Gedankens. Der GV. stellt also den unmittelbaren Rechtsgrund der Statuten dar. Aber er ist nicht der letzte. Die Verbindlichkeit des GV. ist nicht aus sich selbst ableitbar. Er ist nicht die autonome, aus sich selbst herausgewachsene Ordnung. Die Kt. können solche verbindliche Normen nur aufstellen vermöge einer über ihnen stehenden geltenden Verfassung, in casu der Schweiz. Bundesverfassung. Hier, auf dem Urgrund allen (staatlichen) Rechts, hat jede verbindliche Norm ihren Ausgangspunkt [104]). Die Statuten erhalten also ihre Verbindlichkeit letzten Endes auf Grund der BV. Die Einschiebung des GV als erster juristisch relevanter Ausdruck der gleichartigen kantonalen Interessen darf uns hier weiter nicht stören. Wir brauchen nur darauf hinzuweisen, daß die Artikel, die jetzt die Statuten ausmachen, auch im GV. selbst hätten aufgenommen werden können, um das logische Verhältnis zur BV. sofort in ein klares Licht zu rücken.

Art. 7 ist die Verfassungsbestimmung, die hier in Frage kommt. Absatz 2 dieses Artikels gestattet den Kt., „Verkommnisse über Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung unter sich abzuschließen". M. a. W.: Unter den Kt. sind alle Verträge erlaubt, welche nicht politischen Charakter haben und welche nichts dem Bunde oder dem Recht anderer Kt. Zuwiderlaufendes enthalten [105]). Es ist klar, daß sich die Statuten nur insoweit auf die BV. stützen können, als sie den Rahmen des Zulässigen nicht sprengen. Sollen sie kraft Verfassungsrechtes verbindlich sein, so müssen sie auch diesem Recht gemäß sein. Was also hier untersucht werden soll, ist nichts anderes als die Vereinbarkeit der Statuten mit Art. 7 BV. oder die Verfassungsmäßigkeit der N.O.K. A.-G.[106]).

Daß die Bestimmungen des GV. inhaltlich nichts dem Bundesrecht Widersprechendes enthalten, dürfte wohl außer Zweifel stehen. Gemäß Art. 24 BV. steht den Kt. grundsätzlich die Regelung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu, allerdings unter dem Vorbehalt, daß sich der Bund die Oberaufsicht wahrt, d. h. der Bund „stellt die zur Wahrung der öffentlichen Interessen und

---

[103]) Eine dritte und letzte Etappe erblicken wir im Betätigen von Rechtsgeschäften durch die Organe der A.-G.

[104]) Die Verbindlichkeit der Verfassung selber kann natürlich nicht wieder aus einer noch höheren Ordnung abgeleitet werden. Das ist auch gar nicht notwendig, denn für die Abhängigkeit einer Norm von einer ihr übergeordneten gilt nicht das naturwissenschaftliche Kausalgesetz von Ursache und Wirkung, sondern die rational-logische Relation von Grund und Folge. Die Verbindlichkeit einer (geltenden) Verfassung ist genügend dargetan, wenn sie als geeignet einsehbar ist, die Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen. Vergl. dazu Organisation S. 165 u. 183, und zur Idee der Gerechtigkeit: Burckhardt, Methode und System des Rechts. S. 246.

[105]) Burckh. Komm. S. 74.

[106]) Daß nach bald 25jährigem erfolgreichen Bestehen der N.O.K. A.-G. diese Frage noch ernsthaft aufgeworfen werden kann, berührt vielleicht etwas eigentümlich. Allein in der Rechtswissenschaft kann bei allem, was besteht, gefragt werden, ob es auch zurecht bestehe. Das Tatsächliche verbürgt keineswegs auch seine Rechtsmäßigkeit. Ob das, was i s t, auch sein s o l l, sind zwei verschiedene Fragen.

zur Sicherung der zweckmäßigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte erforderlichen allgemeinen Bestimmungen auf“ [107]). Ob und wie jedoch ein Gewässer nutzbar gemacht werden soll, bleibt in der Entscheidungsgewalt der Kt. Der Bund könnte also die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht zu einem eidgenössischen Regal machen. Das Oberaufsichtsrecht gibt dem Bund nicht eine besondere Kompetenz, sich in die kantonale Wasserwirtschaft einzumischen.

Solange also die Bestimmungen des GV. inhaltlich nicht die Kompetenzsphäre der Kt. überschreiten, kann auch von diesem materiellrechtlichen Gesichtspunkt aus die Vereinbarkeit mit Art. 7 nicht in Zweifel gezogen werden.

Bezüglich des formell-rechtlichen Gesichtspunktes, des Zusammenschlusses der Kt. in einer korporativen Gesellschaftsform, verweisen wir auf die Ausführungen im allgemeinen Teil. Dort wurde bereits betont, daß positivrechtlich nichts gegen eine interkantonale Körperschaft vorgebracht werden kann. Als 1874 die Verfassung revidiert wurde, dachte eben noch niemand an solche interkantonale Unternehmungen. Erst die Verwendung der Wasserkraft zur Erzeugung von Elektrizität und die Fortleitung dieser Energie, verbunden mit dem Streben der Kt., nach Möglichkeit alle fiskalischen Quellen zu erschließen, bereitete den Boden für solche öffentliche Anstalten mit privatwirtschaftsähnlichen Organisationsformen vor [108]). Wenn nun die Kt. schon früh eigene staatliche Kraftwerke betrieben, ohne daß ihr faktisches Monopol als Verstoß gegen die Gewerbefreiheit angesehen worden wäre, so ist auch nichts zu sagen, wenn mehrere Kt. gemeinsam solche Werke betreiben.

Wenngleich die N.O.K. A.-G. demnach als verfassungsgemäß bezeichnet werden muß, so bleibt doch diese Rechtsform anfechtbar vom Standpunkt einer folgerichtigen Durchführung des öffentlich-rechtlichen Gedankens [109]). Zu solchen Einwänden muß die Wissenschaft stets berechtigt bleiben. Aber wohlverstanden: Es sind keine Vorwürfe, die die Wissenschaft hier zu machen hat, sondern Einwände. Wenn etwas nicht in Uebereinstimmung mit einem logischen Aufbau, mit theoretischer Korrektheit befunden wird, heißt das noch lange nicht, daß deshalb die Einrichtung auch politisch mangelhaft oder gar unzweckmäßig wäre. Denn die Zweckmäßigkeit weist oft andere Wege als die Folgerichtigkeit. Die Erkenntnis der mangelnden Folgerichtigkeit hat aber dennoch ihren Wert: Sie warnt uns davor, falsche Schlüsse zu ziehen, oder Schlüsse zu ziehen, wo überhaupt keine gezogen werden können. Was nicht logisch aufgebaut ist, kann nicht Ausgangspunkt zu logischen Deduktionen bilden. Die wissenschaftliche Erkenntnis erklärt auch manch praktischen bedeutsamen Widerspruch und weist den Weg, ihn zu beheben oder zu vermeiden. Solchen Situationen begegnen wir im öffentlichen Recht häufig. Die Fragen, die sich dabei ergeben, können deshalb auch nicht restlos gelöst werden. Dies einzusehen, ist aber oft Lösung genug.

---

[107]) Art. 24 Abs. 1 u. 2 BV. und Burckh. Komm. S. 178.

[108]) K. Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht (Referat, gehalten am Schw. Juristentag in Genf 1938), der in diesem Zusammenhang von einer Aushöhlung des Privatrechtes spricht, empfindet mit Recht die Widersprüche solcher Lösungen. Eine etwas weniger einseitig privatrechtl. orientierte Betrachtung müßte m. E. allerdings treffender von einer Aushöhlung des öffentlichen Rechtes reden.

[109]) Vergl. dazu die Zusammenfassung dieser Einwendungen oben S. 28.

Anhang

§ 7. Das Verfahren bei Streitigkeiten.

Bei allen Streitigkeiten stellen sich immer folgende zwei Fragen:

1. Welches Gericht ist zuständig?
2. Nach welchem Recht muß entschieden werden?

Diese beiden Fragen können aber nicht in allen Fällen in gleicher Weise entschieden werden. Je nach der Art der Streitigkeit oder nach der Art der streitenden Parteien ist das zuständige Gericht oder das anzuwendende Recht ein anderes.

I. Besondere Fälle.

Ohne daß wir auf sie näher eintreten möchten, sollen hier einige Fälle vorweg genommen werden: Die Streitigkeiten über Enteignungen, über Verleihungen oder über Steuerfragen. Wenn ein Aktionärkanton Verleihungsgeber ist, als Expropriant auftritt oder Steuern erhebt, verkehrt er mit dem interkantonalen Unternehmen weder gestützt auf den Gesellschaftsvertrag (GV.), noch als privater Dritter, sondern in Anwendung der ihm durch das Gesetz gegebenen Hoheit. Diese Streitigkeiten sind nach dem für die einzelnen Materien festgesetzten Verfahren zu erledigen. Maßgebend sind die kantonalen Steuer- und Expropriationsgesetze und die besondern Verfahrensvorschriften in den betreffenden Konzessionen. Zuständig sind die kt. Zivil- oder Verwaltungsgerichte; das Bundesgericht etwa als prorogiertes Zivilgericht bei Konzessionsstreitigkeiten. Anwendbar ist in der Regel kantonales öffentliches Recht.

II. Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und Drittpersonen.

Unter Dritten werden hier Private (physische oder jur. Personen, beispielsweise in- oder ausländische Industrieunternehmen, welche ihre Energie direkt von den N.O.K. beziehen) verstanden, und das Rechtsverhältnis, um das gestritten wird, ist nicht schon im GV. vorgezeichnet.

Bevor die Fragen nach dem zuständigen Gericht und nach dem anwendbaren Recht für diese Streitfälle beantwortet werden können, muß über die Rechtsnatur dieser Beziehungen Klarheit herrschen. Die N.O.K. A.-G. wurde auf Grund unserer Untersuchungen als eine öffentlich-rechtliche Unternehmung gekennzeichnet. Die Folge scheint zu sein, daß auch das Rechtsverhältnis zu Dritten öffentlich-rechtlich ist. Allein dieser Schluß wäre ein Kurzschluß und unrichtig. Jedes Rechtsverhältnis muß unabhängig von den beteiligten Subjekten auf seinen Charakter geprüft werden; aus der öffentlich-rechtlichen Natur der Unternehmung folgt keineswegs auch die öffentlich-rechtliche Natur der von ihr begründeten Rechtsverhältnisse.

Nun hat zwar das Bundesgericht in neuerer Praxis in steigendem Maße das Nutzungsverhältnis zwischen Privaten und einem staatlichen Elektrizitätswerk in Anlehnung an die Erkenntnisse der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht

als öffentlich-rechtliche behandelt [110]). Aber das Bundesgericht hat nie das bloße Vorhandensein einer öffentlich-rechtlichen Unternehmung als genügend erachtet, um das Rechtsverhältnis als publizistisches zu betrachten, sondern hat bei seiner Auffassung stets auf die innere Natur des Verhältnisses abgestellt. In erster Linie wurde das Gewaltverhältnis, das durch den öffentlichen Zweck der Unternehmung bedingt wurde, als brauchbares Kriterium angesehen [111]). Ebenso galten die damit in Zusammenhang stehenden Merkmale, wie Kontrahierungszwang [112]), einseitige Regelung der „Vertrags"modalitäten durch Gesetz oder Rechts- resp. Verwaltungsverordnung [113]) als weitere Kriterien. Als öffentlich-rechtlich wurde das Verhältnis auch dann angesehen, wenn die Anstalt mit Amtsgewalt ausgerüstet war und in Ausübung ihrer Befugnisse Energielieferungsverträge abschloß [114]).

Wenn aber die N.O.K. Energielieferungsverträge mit Dritten abschließt, und zwar, wie hier vorausgesetzt wird, nicht, um eine Verpflichtung aus dem GV. zu erfüllen, handelt sie weder in Erfüllung eines öffentlichen Zweckes, noch ist der Dritte gezwungen, einen Vertrag abzuschließen, noch sind die Modalitäten des Vertrages einseitig für beide Parteien verbindlich festgelegt. Auch liegt im Abschluß des Vertrages auf Seite der N.O.K. keine Amtshandlung. Der Abschluß des Vertrages hängt vielmehr durchaus vom freien Willen beider Parteien ab. Das Rechtsverhältnis ist also zweifellos privatrechtlicher Art, und die Antwort auf unsere zwei Fragen ist einfach: Zuständig sind die kt. Zivilgerichte gemäß der kt. Zivilprozeßordnungen und ev. das Bundesgericht als Berufungs- od. Beschwerdeinstanz oder bei gegebenen Voraussetzungen das Bundesgericht als einzige Instanz (Art. 52 Ziff. 1 OG.) Die Streitigkeiten sind nach Zivilrecht zu entscheiden.

III. Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis.

Art. 31 der Statuten und Art. 10 GV. bestimmen: „Alle Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft einerseits und ihren Organen oder einzelnen Aktionären anderseits, oder zwischen Gesellschaftsorganen unter sich oder zwischen diesen und einzelnen Aktionären sind durch das schweizerische Bundesgericht im Sinne des Art. 52 Ziff. 1 des Organisationsgesetzes betreffend die Bundesrechtspflege vom 6. Oktober 1911 zu entscheiden." Der Sinn der Bestimmung ist klar; der GV. und die Statuten wollten die Streitigkeiten durch das Bundesgericht erledigen lassen, einerseits um das Verfahren abzukürzen, anderseits aber auch, um die kantonale Gerichtsbarkeit überall da auszuschalten, wo kantonale Interessen in Frage stehen.

Als Streitigkeit, die unter § 10 GV. fällt, gilt z. B. der Anspruch eines Aktionärkantons oder besser eines kantonalen Elektrizitätswerkes auf Abgabe der Energie gemäß § 4 GV. „unter gleichen Verhältnissen zu den gleichen Bedingungen". Ferner gehört darunter der Anspruch der N.O.K gegenüber einem Aktionärkanton, „die gesamte elektrische Energie für ihre staatlichen Kraftversorgungen von den N.O.K. zu beziehen". Ebenso fällt das Vorrecht der N.O.K. gegenüber einem Aktionärkanton auf Verleihungen bei Anlagen „mit

[110]) Giacometti, Grenzziehung, S. 41 ff.
[111]) BGE. 41. I. 249, 358/59.
[112]) BGE. 41. I. 249.
[113]) BGE. 41. I. 250.
[114]) BGE. 38. I. 63.

10,000 PS und mehr" unter § 10. Auch Streitigkeiten über die Abtretung von Aktien durch Aktionäre, die im GV. erwähnt sind (§ 3) an Dritte sind gemäß § 10 zu behandeln.

Aus dieser Aufzählung geht hervor, daß nicht alle Streitigkeiten zivilrechtlicher Natur sind, daß vielmehr in denjenigen Fällen, wo die Konzessionshoheit der Kt. oder die Versorgung der kt. Elektrizitätswerke mit Kraft im Spiele steht, die Streitigkeiten unverkennbar öffentlich-rechtlichen Einschlag haben.

Da aber Art. 52 OG. im Abschnitt „II. Zivilrechtspflege" steht, frägt es sich, welche Bedeutung dem § 10 GV. resp. dem Art. 31 der Statuten, nach welchen alle Streitigkeiten ungeachtet ihrer rechtlichen Natur ans Bundesgericht prorogiert werden können, bei der Anwendung zukommt. Ferner ist zu untersuchen, ob die beteiligten Parteien (Kanton, Gesellschaft od. Organe) Einfluß auf Gerichtsstand oder anwendbares Recht haben.

a) Bedeutung der rechtlichen Natur der Streitigkeit.

Um beurteilen zu können, ob und wie weit auch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten unter Art. 52 OG. fallen, muß man die Tragweite dieses Artikels feststellen. Zu diesem Zweck müssen wir seine systematische Stellung im Gesetz aufzeigen und seine geschichtliche Entwicklung verfolgen. Letzteres ist für die Auslegung nützlich, weil wir die gesetzgebungspolitische Frage kennen lernen, die der Gesetzgeber lösen wollte.

Es empfiehlt sich, mit Art. 52 auch Art. 48 OG. zu betrachten. Die gemeinsame Betrachtung ist nicht nur durch die historische Verwandtschaft (Vergl. BV. Art. 110 u. 111) gerechtfertigt, sondern zugleich eine Bedingung für das restlose Verständnis der Entwicklung dieser Artikel. Zugleich erleichtern wir uns die Arbeit, weil Art. 48 bei der folgenden Frage (b) der Bedeutung der streitenden Subjekte eine Rolle spielt.

Da in der Partialrevision des OG. von 1921 Art. 52 einen bedeutungsvollen Zusatz erhalten hat, ist eine getrennte Betrachtung der Praxis des Bundesgerichtes vor und nach 1921 zu den Art. 48 u. 52 OG. angezeigt.

1. Vor der Revision. Art. 110 u. 111 BV. regeln die Befugnisse des Bundesgerichtes, zivilrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden. Die beiden Art. gehören zusammen, weil es sich in beiden um gleichartige Streitigkeiten handelt. Die „anderen Fälle", von denen Art. 111 spricht, sind auch zivilrechtliche; nur die streitenden Parteien sind andere als in Art. 110. Dieser betrifft gemäß Ziff. 1—4 Streitigkeiten zwischen Bund oder Kt. einerseits und Kt., Korporationen oder Privaten anderseits, während jener solche zwischen Privaten und Korporationen oder zwischen Korporationen oder zwischen Privaten umfaßt, sofern beide Parteien es wollen und der Streitwert gegeben ist. Diese Gliederung ist aus den Worten des Art. 111 herauszulesen: „Das Bundesgericht ist verpflichtet, die Beurteilung auch *anderer* Fälle zu übernehmen. . ."

Ein Einbruch in die reine Zivilgerichtsbarkeit liegt aber schon in der Verfassung selbst. Art. 110 letzter Absatz läßt das Bundesgericht nämlich auch „über Anstände betreffend Heimatlosigkeit, sowie über Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kt." urteilen, die offenbar nicht zivilrechtlicher Natur sind. Art. 111 knüpft jedoch nicht an diesen letzten Absatz

an, wenn er von „andern Fällen" spricht, sondern an Art. 110 als ganzen, der die Kompetenz des Bundesgerichtes als Zivilgerichtsinstanz begründet [115]).

In Ausführung dieser Verfassungsartikel bestimmt das OG. von 1911 in Art. 48 ff. das Bundesgericht als einzige Zivilgerichtsinstanz. Art. 48 und 49 entsprechen dem Art. 110 BV. und Art. 52 Ziff. 1 dem Art. 111 BV.[116]). Das Bundesgericht hat aber die materielle Gleichartigkeit der Streitigkeiten, die unter diese beiden Verfassungsartikel fallen, absichtlich verkannt, indem es den Begriff der „zivilrechtlichen Streitigkeit" in Art. 48 viel weiter faßte, als in Art. 52 Ziff. 1. Nicht bloß die Streitigkeiten, die nach der wissenschaftlichen Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht dem Zivilrecht angehören, werden unter Art. 48 subsumiert, sondern der Anwendungsbereich wird nach dem Zwecke umschrieben, den der Gesetzgeber beim Erlasse der Bestimmung mit ihm verfolgt hat, und der dahin ging, für einen bestimmten Komplex von Anständen, die eine besondere Garantie der Unbefangenheit der Instanz verlangten, die Anrufung des Bundesgerichtes zu ermöglichen. „Der zuständigkeitsbegründende Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit muß als ein geschichtlich gegebener angesehen werden, der nicht mit dem Wechsel der Doktrin in dieser Frage sich wandelt." [117])

Art. 52 Ziff. 1 dagegen wurde diese zweite Auslegung nicht zuteil. Man achtete darauf, daß nur zivilrechtliche Streitigkeiten auf Grund dieses Artikels ans Bundesgericht gelangten [118]). Maßgebend für die rechtliche Natur was ausschließlich die innere Natur des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses [119]). Diese wurde an Hand der wissenschaftlichen Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht bestimmt [120]).

Diese verschiedene Auslegung der beiden Artikel in der bundesgerichtlichen Praxis war nicht unbedenklich: Einmal ist es inkonsequent, daß dem Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit in zwei Artikeln, die unter demselben Titel „Das Bundesgericht als einzige Zivilgerichtsbarkeit" stehen, so verschiedene Bedeutung beigemessen wird. Sodann ist es auffallend, daß gerade unter Art. 48, der nach seinem Wortlaut nur von „zivilrechtlichen Streitigkeiten" spricht, auch andere Streitigkeiten verstanden werden können, während unter Art. 52 Ziff. 1, der ausdrücklich von „anderen Fällen" spricht, nur zivilrechtliche verstanden werden sollen. Ferner widerspricht eine so verschiedene Auffassung der zivilrechtlichen Streitigkeit der Stellung der beiden Verfassungsartikel 110 und 111, welche den in Frage stehenden Artikeln des OG. zu Grunde liegen. Die mehr praktische als juristische Ueberlegung des Bundesgerichtes, daß eine analoge Auslegung des Art. 52 Ziff. 1 das ohnehin schon stark in Angriff genommene Bundesgericht noch mehr belasten würde und die erhobenen Bedenken, das Verfahren vor Bundesgericht sei für eine komplizierte

[115]) Die Motivierung Hildebrands im Ständerat zu seinem Antrag auf Abänderung des Art. 52 OG. ist deshalb m. E. unrichtig: nicht das ist auffallend, daß das Bundesgericht die Prorogation gemäß Art. 52 auf zivilrechtl. Streitigkeiten beschränkt, sondern daß es unter Art. 48 Ziff. 1—4 auch nicht zivilrechtliche zuläßt. StenStR. 1921 S. 147. Dazu Haab,Schweiz. Juristenzeitung 1921/22, Heft 12, S. 190 und die dort zitierten BGE.

[116]) Die Art. 50, 51 und 52 Ziff. 2 OG. sind auf Grund des Art. 114 BV. ergangen, der die Kompetenz des Bundesgerichtes erheblich erweiterte und namentlich auch nicht zivilrechtliche Streitigkeiten dem Bundesgericht zur Beurteilung überweist.

[117]) BGE. 49. II. 415.

[118]) BGE. 41. II. 179; 34. II. 835.

[119]) BGE. 43. II. 448.

[120]) BGE. 40. II. No. 16 Erw. 17.

Beweisführung ungeeignet [121]), mag die Auslegung des Art. 52 Ziff. 1 im Vergleich zu Art. 48 nicht von einem Schein der Willkür zu befreien.

2. Nach der Revision. Diese ungleiche Auslegung wurde im Jahre 1921 anläßlich der Revision des OG. gerügt [122]). Mit dem Zusatz „auch wenn es sich nicht um rein zivilrechtliche Streitigkeiten handelt" zum Ingreß des Art. 52 wollte man Abhilfe schaffen. Trotzdem schon in den Beratungen namentlich von Bundesrat Häberlin auf die Unklarheit dieser Formulierung aufmerksam gemacht wurde [123]), wurde dieser Wortlaut schließlich ins Gesetz aufgenommen. Unklar ist der Zusatz deshalb, weil der Ausdruck „nicht rein zivilrechtliche Streitigkeiten" mißverständlich ist:

Die negative Umschreibung ist unglücklich; denn „nicht rein zivilrechtliche Streitigkeiten" sind, wörtlich genommen, überhaupt alle Streitigkeiten außer den rein zivilrechtlichen. Das würde bedeuten, daß auch öffentlichrechtliche, kurz sämtliche Streitigkeiten an das Bundesgericht prorogiert werden könnten. — Wenn man bestimmt, daß neben den Fällen A auch die Fälle, die nicht A sind, unter den Titel fallen, so erweitert man allerdings dessen Umfang, aber unbegrenzt. Es hat dann keinen Sinn, die Fälle A noch besonders hervorzuheben. — Nach dieser Auffassung gibt das Gesetz zwar eine klare Auskunft; aber der Sinn des Gesetzes ist offenbar ein anderer. Sowohl die systematische Stellung als die geschichtliche Entwicklung des Artikels widersprechen einer solchen Auslegung.

In anderer Lesart kann das „nicht" bloß auf das „rein" bezogen werden. Dann heißt der Satz, daß neben den rein zivilrechtlichen noch weitere, zwar auch zivilrechtliche, aber nicht mehr nur „rein zivilrechtliche" darunter verstanden werden sollen. Dadurch ist der Umfang auf zivilrechtliche beschränkt, und „rein" öffentlich-rechtliche Streitigkeiten sind per argumentum e contrario ausgeschlossen. Aber auch in dieser Lesart bleibt das Gesetz unklar. Man weiß zwar, daß nicht alle Streitigkeiten schlechthin vor Bundesgericht gebracht werden können; man weiß jedoch nicht genau, wo die Grenze liegt. Der Grund dieser Unklarheit liegt in der unjuristischen Unterscheidung zwischen „rein zivilrechtlichen" und „nicht rein zivilrechtlichen" Streitigkeiten. Weder das positive Recht noch die Rechtswissenschaft gibt uns Anhaltspunkte für eine klare derartige Unterscheidung. Begrifflich gibt es überhaupt nur privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Diese Begriffe sind klar, und man wird gut tun, unter den „rein zivilrechtl. Streitigkeiten" des Art. 52 den wissenschaftlichen Begriff zu verstehen [124]). Ebenso legt es die Entwicklungsgeschichte nahe, die „nicht rein zivilrechtl. Streitigkeiten" mit den zivilrechtlichen im weitern Sinne des Art. 48 gleichzusetzen. Allerdings läßt der Wortlaut nicht ohne weiteres auf diese Auslegung schließen [125]), aber die Tendenz, im Zweifel

[121]) Vergl. den Abänderungsantrag Isler zu Art. 52 Ziff. 1 im Ständerat. StenStR. 1921 S. 140.

[122]) Vergl. die Voten Hildebrand u. Isler im StenStR. 1921 S. 147 und Brodtbeck im StenNR. 1921 S. 313.

[123]) StenStR. 1921 S. 148 und StenNR. S. 315.

[124]) Entsprechend der bisherigen engen Auffassung und im Gegensatz zu den Streitigkeiten, die das Bundesgericht in steter Praxis zu Art. 48 als «zivilrechtliche im weitern Sinne» bezeichnet hat: BGE. 62. II. 291 u. 63. II. 48.

[125]) Vielmehr bekommt man beim unvoreingenommenen Lesen des Textes notwendig den Eindruck, daß Art. 52 mehr Fälle umfassen werde als Art. 48; das war aber nicht beabsichtigt und würde auch nicht den zugrunde liegenden Verfassungsartikeln entsprechen.

etwas Vernünftiges aus dem Gesetz herauszulesen, mag diese Intrepretation rechtfertigen [126]) [127]).

Nach diesem Ueberblick über Geschichte und Auslegung der Art. 48 und 52 Ziff. 1 OG. kehren wir zu unseren ursprünglichen Fragen zurück. Die Darstellung hat gezeigt, daß für die Frage nach dem zuständigen Gericht die rechtliche Natur der Streitigkeit stark an Bedeutung verloren hat. Alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis, seien sie privatrechtlicher oder vorwiegend öffentlichrechtlicher Art, können unbedenklich vor das Bundesgericht als erste und letzte Instanz gebracht werden.

Die Frage nach dem anwendbaren Recht kann freilich nicht ebenso einfach beantwortet werden. Hier bleibt nach wie vor die rechtliche Natur der Streitigkeit maßgebend. An Hand der vorhandenen juristischen Indizien wird in jedem Fall das streitige Rechtsverhältnis auf seinen rechtlichen Charakter geprüft werden müssen. Als Unterscheidungsmerkmale dienen die von der Wissenschaft und Praxis aufgestellten Kriterien.

b) Die Bedeutung der streitenden Subjekte.

Der GV. und die Statuten der N.O.K. nahmen ohne weiteres an, daß in allen Fällen, ungeachtet, ob ein Organ, die Gesellschaft oder ein Kanton Partei ist, das Bundesgericht als Prorogationsinstanz zuständig sei. Das war sicher vor 1921 unter der einschränkenden Praxis zu Art. 52 Ziff. 1 nicht zutreffend [128]). Handelte es sich um Streitigkeiten zwischen einem Aktionärkanton einerseits und der Gesellschaft oder einzelnen Organen anderseits, so konnte allenfalls Art. 48 Ziff. 4 die Zuständigkeit des Bundesgerichtes begründen, die auch dann gegeben war, wenn es sich nicht um privatrechtliche Streitigkeiten im Sinne der modernen Doktrin handelte [129]). Für Streitigkeiten zwischen Organen oder zwischen Organen und der Gesellschaft hätte sich jedoch in diesen Fällen das Bundesgericht trotz der Prorogationsbestimmung im GV. und in den Statuten gemäß seiner Praxis als unzuständig erklärt [130]).

[126]) Burckh. Komm. S. 764.

[127]) Die Schwierigkeit der Frage rührt m. E. daher, weil unter zivilrechtl. Streitigkeit zweierlei verstanden wird:

1. Alle Streitigkeiten, die vor Zivilgerichten entschieden **werden.** Zivilrechtl. in diesem Sinne sind außer den privatrechtlichen Streitigkeiten alle diejenigen, die kraft positiver Gerichtstandsnorm den Zivilgerichten zugewiesen werden, beispielsweise die Streitigkeiten, die unter die Art. 48, 49, 50, 51 u. 52 Ziff. 2 OG. fallen. Die rechtl. Natur spielt keine Rolle, weil es sich um einen geschichtlichen Begriff handelt.

2. Diejenigen Streitigkeiten, die vermöge ihrer rechtl. Natur von Zivilgerichten entschieden werden **sollen.** Das sind ausschließlich privatrechtliche Streitigkeiten. — Beispielsweise die Praxis des Bundesgerichtes zu Art. 52 Ziff. 1 OG. bis 1921. — Nur in diesem Sinne ist die zivilrechtliche Streitigkeit ein rechtlicher Begriff.

Es sind also zwei verschiedene Begriffe, die mit dem selben Wort bezeichnet werden. Als man 1921 zwischen rein zivilrechtl. und nicht rein zivilrechtlichen Streitigkeiten unterschied, hat diese Unterscheidung in den Köpfen gespukt. Allerdings war man über die Tragweite dieser Begriffe nicht im klaren, als man in Art. 52 den rechtlichen durch den geschichtlichen Begriff ersetzte. Wenn gemäß Art. 52 bei bestimmten Streitigkeiten, die nirgends ausdrücklich an das Bundesgericht als erst- u. letztinstanzliches Zivilgericht gewiesen sind, geprüft werden muß, ob sie als zivilrechtl. Streitigkeit vor Bundesgericht gebracht werden können, kann diese Prüfung nur auf Grund ihrer rechtl. Natur (wissenschaftl. Kriterien) geschehen. Es nützt nichts, zu diesem Zweck auf den geschichtlichen Begriff zu verweisen (wie das bei der Auslegung des rev. Art. 52 Ziff. 1 nunmehr geschehen soll), weil ich dadurch nichts weiteres erfahre, als daß gewisse Streitigkeiten dann als zivilrechtl. vor Bundesgericht gehören, wenn sie vom Bundesgericht als zivilrechtliche behandelt werden — was eben die Frage ist.

[128]) BGE. 43. II. 448.

[129]) BGE. 49. II. 415.

[130]) BGE. 41. II. 179; 34. II. 835.

Seit der Revision von 1921 ist diese Gefahr gebannt. Das Bundesgericht beurteilt gemäß Art. 52 auch „nicht rein zivilrechtliche Streitigkeiten", und die streitenden Parteien haben nur noch insofern eine Bedeutung, als in Streitfällen, wo ein Kanton Partei ist, das Bundesgericht schon bei einem Streitwert von Fr. 4000.—, gemäß Art. 48 Ziff. 4, zuständig ist, während in den übrigen Fällen die Streitwertgrenze von Fr. 10 000.— erreicht sein muß [131]).

Wenn zwischen verschiedenen Kantonen ein Streit ausgetragen wird (Art. 48 Ziff 3 OG.), spielt der Streitwert überhaupt keine Rolle [132]).

Es hat sich gezeigt, daß für die Frage, ob auf das Bundesgericht als einzige Instanz prorogiert werden könne, die rechtliche Natur der Streitigkeit an Bedeutung verloren hat und auch die Parteien keinen wesentlichen Einfluß auf die Zuständigkeit des Bundesgerichtes mehr haben. Dies hat seinen Grund wohl darin, daß in neuerer Zeit die Doktrin immer weitere Rechtsverhältnisse als öffentlich-rechtliche bezeichnet, die bisher unter der Zivilgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes gestanden haben. Da man für diese Fälle die bundesgerichtliche Instanz nicht entbehren wollte, konnte man für die Zuteilung der Streitsachen an zivil- oder verwaltungsrechtliche Instanzen nicht mehr vorbehaltlos auf die wissenschaftliche Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht abstellen und verlor daher ein zuverlässiges und allgemeingültiges Kriterium. Um aus dieser Unsicherheit für die so wichtige bundesgerichtliche Rechtsprechung keine Nachteile gewärtigen zu müssen, hat man der Grenze zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten keine kompetenzbegründende Bedeutung mehr zuerkannt. Ganz im Sinne dieser Entwicklung ist es, wenn das Reglement für das Schweiz. Bundesgericht vom 26. Nov. 1928 in Art. 3 Ziff 2 bestimmt, daß das Bundesgericht von sich aus „diejenigen Streitigkeiten der Art. 48 und 52 OG., welche nicht Materien beschlagen, die durch das Eidg. Zivilrecht geregelt sind", der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung zur Erledigung zuweist, und wenn gemäß Art. 18 lit. d des BG. über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 „die in Art. 52 des nämlichen Gesetzes (OG.) bezeichneten Streitigkeiten, sofern sie überwiegend verwaltungsrechtlicher Natur sind", vom Bundesgericht als einzige (Verwaltungsrechtspflege-) Instanz beurteilt werden.

§ 8. Schlußbetrachtung.

Rückblickend wollen wir die Resultate vorliegender Arbeit hier noch kurz zusammenfassen. Nachdem die rationelle Versorgung des Landes mit Energie als eine staatliche Aufgabe erkannt worden war, ergab die Betrachtung des logischen Aufbaues der N.O.K. A.-G. folgende Fragen und Schwierigkeiten.

Eine öffentliche Aufgabe kann nicht von einem Kanton allein, der zu ihrer Erfüllung berufen wäre, gelöst werden. Eine gemeinsame Lösung durch mehrere Kt. ist jedoch nur durch eine vertragliche Verständigung möglich. Hier liegt schon die erste Schwierigkeit. Das öffentliche Interesse eines einzelnen Kts. kann nicht in seiner Reinheit wahrgenommen werden. Die Verwirklichung ist nur durch einen Kompromiß möglich. Die einzelnen Kt. müssen ihre Interessen gegenseitig modifizieren, einander anpassen und ausgleichen, bis sie sich „vertragen". Die gemeinsame Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses birgt

[131]) Für den seltenen Fall, wo der Streitwert nicht erreicht würde, sind die kantonalen (Zivil)-Gerichte zuständig.

[132]) Handelt es sich im letztern Fall um staatsrechtliche Fragen, so ist das Bundesgericht als Staatsgerichtshof gemäß Art. 175 Ziff. 2 OG. zuständig.

aber neben dieser praktischen Schwierigkeit noch eine zweite, formellrechtliche: In der vertraglichen Form wird inhaltlich gesetzliches Recht begründet. Dieser Widerspruch zwischen Form und Inhalt ist allen interkt. Vereinbarungen eigen, welche eine staatliche Aufgabe regeln.

Die Durchführung der Aufgabe, der Betrieb der Unternehmung, ist aus praktischen — wirtschaftlichen und kommerziellen — Gründen nur in Form einer Aktiengesellschaft möglich. Will der Betrieb lebensfähig sein, so muß er in einer Form geführt werden, die ihn auch gegenüber Privatunternehmungen konkurrenzfähig macht. Die interkt. A.-G. muß ihr faktisches Monopol verteidigen können, wenn sie sich gegenüber andern privaten Gesellschaften behaupten will. Daß den wirtschaftlichen Fragen so große Bedeutung zukommt, hängt zum Teil mit der Entstehungsgeschichte der N.O.K. zusammen: Die Kantone haben die El.-Versorgung erst an die Hand genommen, als schon ein großer Teil ihres Gebietes durch Privatunternehmungen versorgt war. Sie mußten sich deshalb mit den gegebenen Verhältnissen abfinden.

Dadurch, daß gemeinsame kt. Interessen einer Korporation übertragen werden, entsteht wiederum eine Situation, die wir als einen Einbruch in die folgerichtige Durchführung des öffentlich-rechtlichen Gedankens bezeichnen müssen. Ein Teil der kt. Interessen wird aus dem Interessenkreis der betreffenden Kantone herausgenommen und den Organen der A.-G. zur Wahrung übertragen. Dadurch begeben sich die Kantone für diesen Teil ihrer staatlichen Aufgaben und sind für eine gerechte — d. h. eine, die mit jeder einzelnen Ausführungshandlung eine Uebereinstimmung mit der Gesamtheit der öffentlichen Interessen eines einzelnen Kantons anstrebt — Verwirklichung dieser Aufgaben nicht mehr voll verantwortlich. Dies erscheint vom einzelstaatlichen Gesichtspunkt aus umso bedenklicher, als die kt. Interessen sich nun dem einheitlichen Verbandsinteresse unterordnen müssen, das von den Organen der Gesellschaft nach bloßer Zweckmäßigkeit geübt wird. Diese Ordnung birgt stets die Gefahr einer Interessenkollision zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Mitgliederkantonen. In einem Kollisionsfalle müssen aber die Interessen der Gründer zurücktreten, weil die Kantone für die Wahrnehmung der gemeinschaftlichen Interessen nicht mehr zuständig sind.

Als praktisch bedeutsame Folge der öffentlich-rechtlichen Natur der interkt. Vereinbarung zeigte sich ferner die grundsätzliche Zulässigkeit der Abänderung des von den Gründerkantonen geschlossenen Vertrages durch die Organe der Gesellschaft. Aus dem selben Grunde kamen wir schließlich zu dem Schluß, daß zur Ergänzung von Lücken und zur Auslegung von Unklarheiten in den Statuten nicht Normen aus dem privaten Aktienrecht entlehnt werden sollen; weil jedes Rechtssystem aus sich selbst ergänzt werden muß, kann das OR. nicht als die subsidiäre Ordnung angesehen werden [133]).

Wenn es in den vorliegenden Untersuchungen gelungen ist, die wesentlichen Besonderheiten der rechtlichen Ordnung einer interkantonalen Korporation aufzuzeigen, so haben sie ihren Zweck erfüllt. Die Wissenschaft muß sich begnügen, die Probleme der positivrechtlichen Lösungen klarzulegen; die bestehenden Widersprüche zu beheben und neue zu vermeiden, ist Sache der Praxis.

[133]) Giocometti, a.a.O. S. 20: Oeffentlich-rechtliche Rechtsinstitute sind mangels entsprechender Rechtsnormen nicht durch zivilrechtl. Bestimmungen, sondern durch Rechtsgedanken aus dem Bereiche des öffentlichen Rechts weiterzubilden.